

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

JAIME LEÔNIDAS MIRANDA ALVES

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A
TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUPERAÇÃO OU
CONDIÇÃO DE PERPETUAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO?**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

JAIME LEÔNIDAS MIRANDA ALVES

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A
TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUPERAÇÃO OU
CONDIÇÃO DE PERPETUAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO?**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professora M.^aFrancele Moreira Marisco.

CACOAL - RO

2015

Alves, Jaime Leônidas Miranda.
A474n O novo constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais: superação ou condição de perpetuação do neoconstitucionalismo?/ Jaime Leônidas Miranda Alves – Cacoal/RO: UNIR, 2015.
101 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Prof. Ma. Francele Moreira Marisco.

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais. 3. Neoconstitucionalismo. 4. América Latina. I. Marisco, Francele Moreira. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUPERAÇÃO OU CONDIÇÃO DE PERPETUAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO?

JAIME LEÔNIDAS MIRANDA ALVES

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Me. Afonso Maria das Chagas – UNIR – Presidente

Professor Me. Silvério dos Santos Oliveira - UNIR

Professora Esp. Graciela Flavia Hack

Conceito: _____

Cacoal, 02 de julho de 2015.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, por sempre acreditarem em mim e em meus sonhos. Pelo apoio incondicional e ilimitado. Se pude enxergar longe, é porque estive amparado nos ombros de gigantes.

AGRADECIMENTOS

Acima e antes de tudo, agradeço a Deus pelo dom da vida e pela força para enfrentar os obstáculos do dia a dia.

Aos meus pais, Jaime Martin Miranda Caldas e Edvan Alves Miranda. Por tudo. Especificamente tudo. E por jamais perderem a fé em mim e em meus sonhos. Pelo apoio incondicional e por proporcionar o maior motivo de orgulho em minha vida: ser filho de vocês.

À professora M.^a Francele Moreira Marisco, pela orientação irrepreensível. Por ser uma das mentes mais brilhantes que tive o prazer em conhecer. Por acreditar e embarcar junto rumo à epistemologia do Sul.

Aos amigos Bruno Trajano Pintar e Osmar Moraes de França Filho, pelo apoio e amizade nesses cinco anos de graduação. Meus votos para que se estendam por mais cinquenta. E, por vezes, por mostrarem o exemplo daquilo que não deve ser feito. Também aos demais amigos, que me ajudaram a crescer como pessoa. Pelos momentos bons, na certeza que, onde estiver, estarei levando um pouco de cada um de vocês.

Agradeço, ainda, a todos os profissionais da Universidade Federal de Rondônia, *campus* Cacoal, que, ao longo dessa caminhada acadêmica me reservaram um gesto de gentileza.

À Ordem DeMolay, por todos os ensinamentos compartilhados, a destacar as sete invariáveis virtudes.

E a todos, que de alguma forma auxiliaram na construção desse trabalho.

Nenhuma ofensa é maior a esta do que a pretensão que possa ter um pequeno grupo de homens de decidir de tudo e sobre tudo, substituindo-se ao povo que deles espera a elaboração de regras que assegurem a todos a liberdade como participação à causa comum do bem-estar e do progresso (REALE, 1987, p. 17).

RESUMO

O Direito é ramo do conhecimento que tem como objetivo regular a vida em comunidade. Mais que isso, é um fenômeno; um fato social. Nessa senda, o paulatino desenvolvimento da sociedade impulsiona a ciência jurídica a também se desenvolver, reestruturando seus conceitos e empregando uma releitura em seus institutos. Com efeito, verifica-se que o Direito, por vezes, passa a ser reconstruído mediante o método dialético, haja vista a necessidade de contrapor dogmas a pressupostos epistemológicos. É nesse diapasão que se solidificam as teorias constitucionais, perfazendo momentos distintos da história do Direito, bem como do desenvolvimento cultural dos grupos sociais, inovando de sobremaneira a interpretação concedida a diversos institutos jurídicos clássicos. O presente trabalho procura compreender, analisando as nuances dos modelos constitucionais, o tratamento regalado aos direitos fundamentais, mínimo necessário à subsistência digna dos indivíduos, para, ancorado na dignidade da pessoa humana, responder à questão de se representa o novo constitucionalismo latino-americano uma superação ao neoconstitucionalismo, ou sua condição de perpetuação, na medida em que, ao propor uma verdadeira releitura de descolonização do Direito, avança no que tange à consagração dos direitos fundamentais. Desta feita, estudar-se-á a evolução dos conceitos de Estado e de Direito, perfazendo os momentos do constitucionalismo liberal, social, até o advento do neoconstitucionalismo, observando suas conquistas e as causas de sua crise valorativa. Num segundo momento, verificar-se-á se cabe falar em um novo momento constitucional, o denominado novo constitucionalismo latino-americano, observando suas convergências e pontos de similitude nos países da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador. Após, em sede de síntese da pesquisa, sob o crivo da hermenêutica constitucional e da técnica dialética, compreender-se-á os reflexos dessa nova teoria constitucional no que tange à tutela dos direitos fundamentais. Tal pesquisa se justifica tendo em vista a consideração de que os estudos de hermenêutica jurídica, por vezes, acabam não considerando as construções históricas e culturais – ou, vale dizer, os aspectos das novas sociedades multiculturais – que compõem a América Latina. Daí porque, toda a pesquisa é elaborada sob o manto de uma epistemologia do Sul construída a partir de uma filosofia emancipatória de libertação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Hermenêutica Jurídica; Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Neoconstitucionalismo; Teoria do Estado.

ABSTRACT

Law is the field of knowledge that has the goal to regulate the life in community. More than that, it is a phenomenon; a social fact. In that sense, the gradual development of society drives the legal science to also develop, restructuring its concepts and employing a rereading in its institutes. Indeed, it is known that law sometimes, by the use of dialectical method, rebuilds itself, given the need to oppose some dogmas to epistemological assumptions. It is in this vein, that constitutional theories are brought to life, making contrast to different moments in the history of law, as well as cultural development of social groups, innovating greatly the interpretation given to several classic legal institutions. It is attempted to understand, analyzing the nuances of constitutional models, the treatment regaled to fundamental rights, necessary minimum to decent livelihood of individuals, anchored in human dignity, in order to answer the question of whether the new constitutionalism is Latin America overruns the neoconstitutionalism, or it works as a status of perpetuation, by proposing a new reading of decolonization of law, and by doing so, an advance regarding the consecration of fundamental rights. In this diapason, it will be studied the evolution of the state and law concepts, passing through the moments of liberal and social constitutionalism, until the advent of neoconstitutionalism, observing its achievements and the causes of its evaluative crisis. Secondly, it will be examined the existence of a new constitutional moment, the so-called new Latin American constitutionalism, by observing the convergence and similarity points in the countries of Colombia, Venezuela, Bolivia and Ecuador. After that, in the synthesis of the research, under the scrutiny of constitutional hermeneutics and dialectics technique, it will be understood the consequences of this new constitutional theory regarding the protection of fundamental rights. This research is justified by the consideration that the studies of legal hermeneutics sometimes end up not considering the historical and cultural knowledge that make up Latin America. That is why, all the research is elaborated under the cover of a South epistemology built from an emancipatory philosophy of liberation.

Keywords: Fundamental Rights; Legal Hermeneutics; New Latin American Constitutionalism; Neoconstitutionalism; State Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO E DO ESTADO	13
1.1 DIREITO E ESTADO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	13
1.2 JUSNATURALISMO: O DIREITO COMO COMANDO DIVINO OU MANIFESTAÇÃO DA PESSOA HUMANA.....	15
1.3 POSITIVISMO E ESTADO LIBERAL: A CULTURA DE ESTANDARTIZAÇÃO DO DIREITO	18
1.4 ESTADO SOCIAL E A VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE: A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO COMO POSTULADOS DE IGUALDADE MATERIAL	25
1.5 PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: A VIRADA LINGÜÍSTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL	29
2 A CRISE DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO POSSIBILIDADE DE ADVENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	39
2.1 A PÓS-MODERNIDADE E A CRISE DE LEGITIMIDADE DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	39
2.2 CONTEXTO HISTÓRICO: OPRESSÃO E A BUSCA PELA DESCOLONIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL	43
2.2.1 Colômbia: início de uma nova teoria constitucional na América latina? ..	44
2.2.2 O novo paradigma político na Venezuela.....	47
2.2.3 A nova constituição da Bolívia e a tutela das cosmovisões indígenas.....	50
2.2.4 O caso do equador: o resgate à <i>pacha mama</i> e ao <i>sumak kawsay</i>	54
2.3 SIMILITUDES E CONVERGÊNCIAS: CABE PENSAR EM UM NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO?	57
3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
3.1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O NEOCONSTITUCIONALISMO: SUPERAÇÃO OU CONDIÇÃO DE PERPETUAÇÃO?	65
3.2 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O MANTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CONSAGRAÇÃO DE DIREITOS?	70

3.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO?	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

A evolução do Direito acompanha – com razoável atraso – a evolução da complexidade das relações sociais, em sua tentativa de atuar ativamente como mecanismo de controle social. Diante disso, observa-se a superação do direito natural, ‘substituído’ pelo direito positivo, e posteriormente a virada linguística que levou à supressão da teoria positivista pela do direito neoconstitucional.

Conquanto as teorias em torno da melhor interpretação/aplicação do Direito continuem se desenvolvendo, o problema da tutela jurídica da irradiação dos direitos fundamentais, ainda subsiste, o que exige, de certa forma, uma quebra com sistemas clássicos no sentido de impor à ciência jurídica um novo paradigma.

É nesse sentido que dialogam os defensores do novo constitucionalismo latino-americano, desdobramento do neoconstitucionalismo que implica na superação do conceito europeu de Estado único (em valores culturais), e impõe uma nova arquitetura dos Estados ditos pluriculturais, justamente no sentido de assegurar, em seus aspectos eficientes, o axioma dos direitos e garantias fundamentais dos diversos grupos sociais.

Com uma série de reformas constitucionais recentes impulsionando o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, surgem duas indagações, que se pretende responder com a presente pesquisa: Qual o tratamento regalado, sob o prisma do novo constitucionalismo latino-americano, à questão dos direitos fundamentais? Face à tutela jurídica concedida aos direitos fundamentais, mais especificamente aos sociais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cabe falar em novo constitucionalismo latino americano no Estado brasileiro?

Como objetivo, a pesquisa pretende investigar como a questão dos direitos fundamentais é tratada sob a égide do movimento do novo constitucionalismo latino-

americano. A partir do objetivo supramencionado, propõem-se as seguintes hipóteses, que se espera sejam confirmadas/refutadas ao longo da pesquisa:

I - O novo constitucionalismo latino-americano, ao propor uma releitura de institutos clássicos do Direito, consagrando as cosmovisões indígenas e os aspectos pluriculturais e multiétnicos, nega a visão monocultural estampada pelo neoconstitucionalismo e, com isso, representa um novo paradigma constitucional, refutando as conquistas epistemológicas adquiridas no modelo constitucional pós-1948;

II - Não obstante o novo constitucionalismo latino-americano refute a visão monocultural sustentada pelo neoconstitucional na construção dos Estados Modernos e, seja inegável que se trata de proposição de uma nova roupagem à teoria constitucional, não cabe falar em novo paradigma, na medida em que não contraria diretamente o neoconstitucionalismo, apenas procura reformá-lo naquilo em que aquele foi omissa, funcionando, assim, como sua condição de perpetuação.

III - A geografia política instituída com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com destaque à tutela jurídica concedida aos direitos sociais, permite falar em um amoldamento de princípios entre o Estado brasileiro e os ditames do movimento do novo constitucionalismo latino-americano, sendo certo que este foi adotado, em determinadas esferas, pelo ordenamento pátrio.

IV - Não cabe falar em reflexos do novo constitucionalismo latino-americano no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista tal fenômeno ser incompatível com o Estado arquitetado pela Constituição Federal de 1988.

Os países que compõem a América Latina, em sua maioria, comungam de uma origem comum de dominação e opressão que durou séculos, tudo como parte do anseio dos colonizadores em construir Estados tais qual o modelo europeu, ou seja, Estados únicos que englobassem uma única linguagem, uma única cultura, uma única religião, etc...

Nessa senda, o novo constitucionalismo latino-americano se situa como baluarte de um movimento maior de descolonização do Direito na América Latina, adequando os ordenamentos jurídicos nacionais às realidades multiculturais dos povos ali presentes.

Com efeito, o que se pretende é levar a pesquisa um passo a frente, traçando dois paralelos históricos: destarte se buscará esmiuçar os aspectos de evolução das teorias constitucionais, remontando o período histórico no qual o Direito era visto

como comando divino, mais adiante o período de aplicação estritamente positiva da lei, até o momento de advento dos Estados constitucionais, perfazendo os momentos do constitucionalismo clássico, neoconstitucionalismo (Capítulo 1) e adiante, o novo constitucionalismo latino-americano (Capítulo 2) e, por conseguinte, atrelar esses conceitos apreendidos, com a evolução histórica e eficaz percorrida pelos direitos fundamentais, que hoje são concebidos como conquista das gerações (Capítulo 3).

1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO E DO ESTADO

1.1 ESTADO E DIREITO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Estado e Direito possuem uma relação de paralelismo: ao passo que esse dá legitimidade jurídica àquele; aquele depende da formação da vontade política deste. É natural, por conseguinte, que alterações no Estado encadeiem modificações jurídicas, uma vez que o Estado Pós-Moderno é, antes de qualquer coisa, Estado de Direito.

Nesse diapasão, estuda-se a evolução econômica do Estado, percorrendo os modelos adotados pelas sociedades modernas (Estado liberal, social e as correntes neoliberais) com o intuito de investigar as modificações atinentes ao mundo jurídico.

Partindo dessa premissa, tem-se que encontrar um conceito preciso de Estado é uma atividade laboriosa que até hoje encontra dissenso na doutrina mais avançada. Destarte, é imperioso destacar que o Estado deve ser visto como um meio, e não como um fim em si mesmo, construído como forma a regular a vida em sociedade.

O germinar do Estado teve como origem a necessidade humana em superar o Estado de Natureza e institucionalizar a busca daquilo que é próprio do homem: o bem público¹. Em razão da necessidade do homem em viver na coletividade, Azambuja (2012, p. 19) considera que o Estado é uma sociedade natural.

O Estado é também sociedade necessária, visto que o homem, desde antes de seu nascimento até depois da morte se vê tutelado pelo Poder Público, jamais vindo dele se emancipar. Nesse jaez, Azambuja (2012, p. 20) afirma que “o Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a

¹ Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público, e consiste num regime de origem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana (DABIN, 1939, p. 89-90, *apud* AZAMBUJA, 2012, p. 20).

proteção dos direitos do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades”.

No mister de compreender a essencialidade da figura do Estado, recorre-se a Schmitt (1998, p. 40-41), para quem o Estado é o “*portador del más ambicioso de todos los monopolios, el de La decisión política*”. Nessa esteira, também Duguit (1909, p.191-193, *apud* AZAMBUJA, 2012, p. 21), que encontrava no fundamentalismo estatal o “*camino de elaborarse una sociedade nueva*”, negando o direito subjetivo como noção básica do sistema político. O Estado se estruturaria, portanto, na forma de uma “*ley orgánica de la sociedad*”, representativa dos anseios e vontades da coletividade.

Oppenheimer (1926, p. 27, *apud* AZAMBUJA, 2012, p. 22), defende uma teoria de Estado surgido por meio da conquista. Aduz que o Estado é a organização dos meios políticos², que se configura na subtração do trabalho alheio. Nesse diapasão, embebido pela lição do mestre alemão, Rothbard (2012, p. 13) pontua que o “estado nunca foi criado por um ‘contrato social’; ele sempre nasceu da conquista e da exploração”.

Malgrado as interpretações quanto à origem do Estado, imperioso destacar que o Estado tem por premissa se organizar na forma de Estado de Direito. A respeito da forma de atuação do Estado de Direito, recorre-se à lição de Gusmão (2010, p. 354) segundo quem, numa visão positivista, o direito depende da vontade do Estado; se jusnaturalista, cabe ao Estado legislar consoante os princípios da dos fatores sociais, econômicos e políticos.

Nesse jaez, melhor se faz abordar o Estado de Direito consentânea roupagem dada por Dworkin. O autor associa Estado de Direito ao ideal de justiça substantiva, em uma concepção centrada nos direitos fundamentais e morais. Dispõe:

A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras

²Existem duas formas fundamentalmente opostas através das quais o homem, em necessidade, é impelido a obter os meios necessários para a satisfação dos seus desejos. São elas o trabalho e o furto, o próprio trabalho e a apropriação forçosa do trabalho dos outros. Eu proponho, na discussão que se segue, chamar ao trabalho próprio e à equivalente troca do trabalho próprio pelo trabalho dos outros, de “meio econômico” para a satisfação das necessidades enquanto a apropriação unilateral do trabalho dos outros será chamada de “meio político”. O estado é a organização dos meio meios políticos. Como tal, nenhum estado pode existir enquanto os meios econômicos não criaram um definido número de objetos para a satisfação das necessidades, objetos que são passíveis de ser levados ou apropriados por roubo bélico (OPPENHEIMER, 1926, p. 24-27).

colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais, por meio de Tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável (DWORKIN, 2005, p. 7).

Quanto ao modelo econômico adotado, o Estado, em sua constante evolução respondeu aos fatos sociais, adotando teorias de cunho ora liberal, ora social. Cabe, portanto analisar os baluartes que sustentaram o Estado liberal e o Estado Social, para bem compreender como estes, nos diferentes estágios, tutelam seus institutos e recepcionam o direito dito e posto.

1.2 JUSNATURALISMO: O DIREITO COMO COMANDO DIVINO OU MANIFESTAÇÃO DA PESSOA HUMANA

Acerca do direito natural é pacífico o entendimento de que este foi a forma pela qual o direito se manifestou/organizou até o momento histórico em que foi superado pelo positivismo.

Nesse sentido, a doutrina diverge no que tange aos contornos epistemológicos caracterizantes desse dito ‘direito natural’ e, por vezes limita sua significação em dois postulados: i) direito natural como manifestação de um poder divino sob o povo e; noutro sentido, ii) como aquele direito inerente à pessoa humana.

No mister de melhor compreender os contornos caracterizantes do direito natural, incute fazer menção a alguns entendimentos de caráter jurídico-filosófico.

Acerca das mudanças valorativas que marcam a evolução histórica do direito natural, Bobbio dispõe tratar-se de um “direito natural de conteúdo variável” (1997, p. 25).

Parte-se, aqui, à fonte do direito natural, com Aristóteles. Segundo o filósofo grego, o direito natural representava o conjunto axiomático de princípios universais, que se manifestam independentemente da vontade humana. Dispõe:

Da justiça política, uma parte é *natural*, a outra é *legal*. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões; a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo; mas, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferentemente (ARISTÓTELES, 1992, p. 102).

Nesse diapasão, e ancorado na lição de Bobbio (1997, p. 33), observa-se que, nesse primeiro momento, o direito natural se consubstancia em teoria universalista, vale dizer, seus defensores acreditam que o jusnaturalismo está em vigor em todos os lugares, pelo fato da carga semântica de seus postulados se formarem da construção de ideias em sociedade, tendo como parâmetro a interpretação com base na equidade.³

Sob a ótica de São Tomás de Aquino, o núcleo do jusnaturalismo ultrapassa o indivíduo, tendo sua gênese como manifestação de comandos divinos. Assim, Bobbio (1997, p. 38) explana que a lei natural passa a ser considerada como a lei de Deus.

No mesmo diapasão:

Assim como Deus estabeleceu as leis que regulam o movimento dos corpos, determinou as leis que regulam a conduta do homem. A única diferença é que o homem, sendo livre, pode violá-las. Mas as leis não perdem a validade pelo fato de serem violadas; continuam em vigor e podem ser descobertas pelo homem a quem Deus as manifestou – de forma direta, com a revelação, ou indiretamente, pela razão (BOBBIO, 1997, p. 38).

Do exposto, tem-se o direito natural fundamentado pela moral cristã, que lhe confere suporte jurídico hermenêutico. Nesse espeque, o conceito de direito natural já se distancia daquele firmado por Aristóteles que, como visto, possui suas bases fundadas na construção humana.

Avançando na teoria do jusnaturalismo, tem-se Hobbes (1993), filósofo que, conquanto dedicou-se ao estudo do direito natural, é apontado como um dos percussores do positivismo jurídico. Esse paradoxo aparente é explicado por Bobbio (1997, p.41) para quem, Hobbes não se utiliza do direito natural no afã de limitar o poder civil, mas, noutro espeque, para reforçá-lo. Vale dizer, Hobbes faz uso de

³Se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, e se não escolhemos tudo por causa de algo mais (se fosse assim, o processo prosseguiria até o infinito, de tal forma que nosso desejo seria vazio e vão), evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens” (ARISTÓTELES, 1992, p. 118).

meios jusnaturalistas para atingir um fim puramente positivista. Nos dizeres de Hobbes (1993, p. 182):

Todas as leis podem ser divididas, em primeiro lugar, em leis divinas e humanas. As leis divinas são de duas espécies, conforme os dois modos como Deus pode manifestar sua vontade aos homens: natural (ou moral) e positiva. Natural é aquela que Deus manifestou a todos os homens por meio da sua palavra eterna, neles inata, isto é, por meio da razão natural. Positiva é aquela que Deus revelou mediante a palavra dos profetas.

Resta certo que a visão hobbermasiana representa um dualismo, na medida em que, malgrado seja empiricamente fundada no jusnaturalismo, compreende um direito natural não como um fim em si mesmo, mas sim como um meio de criação da lei civil.

Nesse cenário, torna-se possível a divisão didática do direito natural em clássico e racionalista.

Diz-se clássico o direito natural no qual se invoca leis universais e eternas que, próprias da natureza, regem toda a vida em sociedade. Desta feita, Steudel (2007, p. 44) afirma que “o universo não é um caos, é um cosmos ordenado, e aí vai alguma ideia de determinismo”.

Foi no direito natural clássico que, por meio da contribuição sofista, opuseram-se as leis naturais – divinas – ao direito posto. Desta feita, invoca-se o direito natural, ora para manter o *status quo*, ora como condição de possibilidade de alteração da ordem jurídico-social (STEUDEL, 2007, p. 45).

Num sentido diverso daquele esposado pelos sofistas, Platão (1996) compreende que a lei civil não vem como forma de confronto ao direito natural, mas sim como manifestação positivada dos comandos divinos.

Se o direito natural clássico fundou suas bases na teoria de postulados divinos como regras gerais de conduta, o jusnaturalismo racionalista, como o próprio nome indica, trouxe ao centro da discussão jurídica, a razão humana.

O homem e toda a envergadura das relações sociais passam a convalidar o próprio existir do Direito e, nesse tempo, na medida em que o antropocentrismo passa a justificar o agir jurídico, faculta-se falar em direito natural ao tempo em que se nega a existência do divino.

Corroborar o exposto a lição de Fernandez-Galiano (1999, p. 422) para quem Deus deixa de ser vinculado como fonte da moral e do Direito. A norma deve

encontrar seu fundamento na razão humana, que é autônoma a tudo, inclusive à existência de Deus.

Malgrado as evoluções histórico-filosóficas que marcaram o desenvolvimento do jusnaturalismo, é certo que chegou o período no qual seus comandos universais foram preteridos em favor da segurança jurídica e da cientificação do conhecimento, ocorrendo, por conseguinte, a girada positivista, a seguir analisada.

1.3 POSITIVISMO E ESTADO LIBERAL: A CULTURA DE ESTANDARTIZAÇÃO DO DIREITO⁴

O positivismo jurídico é tido como uma ruptura ao direito natural e consequência primeira do germinar do Direito na condição de ciência⁵. Com efeito, com a vinda à tona do método jurídico positivo, o jusnaturalismo deixou de ser considerado inerente à condição da pessoa humana, e necessitou ser transcrito em Lei para que não tivesse esvaída sua normatividade.

A respeito desse aspecto de transição do jusnaturalismo para o positivismo, aduz Bobbio (1997, p. 146):

O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de fazê-la valer.

⁴ Sobre a cultura de estandartização do Direito, eminentemente vinculada ao positivismo, Streck (2010, p. 9): “na medida em que o direito é um fenômeno complexo – embora a cultura estandartizada que domina a doutrina e a jurisprudência brasileiras insista em simplificá-lo por intermédio de raciocínios pequeno-gnosiológicos (Warat) – as conquistas advindas dessas revoluções copernicanas deveriam produzir profundas modificações no campo jurídico. Ou seja, o direito não pode(ria) ficar imune/blindado a essas transformações paradigmáticas. Entretanto, um exame do estado d’arte da doutrina predominante e do conjunto das decisões judiciais não proporciona uma visão otimista acerca dessa problemática.

⁵ Segundo entende Reale (2008, p. 63) a origem do Direito, como experiência humana, remonta à Grécia, todavia apenas em Roma que adquiriu forma autônoma e rigorosa, quando se passou a construir uma unidade sistemática. Aduz o autor que foram os povos do Lácio que primeiro tiveram a compreensão do que era preciso discriminar e definir os fatos jurídicos – tipos -, determinando as relações constantes entre eles – leis – com o fim de que se alcançasse determinadas premissas – princípios. Foi dessa organização de estruturas lógicas que surgiu a Ciência do Direito.

O Direito se organizou no século XIX no anseio de se estruturar como uma fonte de conhecimento exato. A ciência jurídica foi sistematizada por um método,⁶ centralizando-se como reflexo do que era estabelecido pela Lei, tendo a doutrina e a jurisprudência papel secundário. Nesse sentido, o positivismo pode ser compreendido como “a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas” (GARCIA DE ENTERRA, 1984, p. 17).

Ressalva-se que no contexto do Estado liberal prevalece, sob a ótica jurídica, a teoria positivista, aplicação da doutrina de Comte⁷, que, afastando a metafísica de seu domínio, tornou-se “a manifestação intelectual do absolutismo estatal. Nesse sentido tem razão Bobbio quando diz ser o positivismo jurídico a corrente do pensamento jurídico para qual não existe outro direito senão o positivo” (GUSMÃO, 2010, p. 390).

O positivismo, sob um ponto de vista de manifestação dos tribunais, se organizou na forma de uma Jurisprudência de Conceitos. Segundo entendimento de Weber, citado por Canaris (2002, p. 29), a Jurisprudência dos Conceitos se configura como a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por meio da análise, com o objetivo de formar um sistema de regras fechado, livre de lacunas e logicamente coeso.

A Jurisprudência dos Conceitos teve papel essencial na consolidação da metodologia da Ciência do Direito e, por conseguinte, na construção do positivismo como método científico apto a regulamentar satisfatoriamente a vida em sociedade.

Fundamentando nos ensinamentos da Escola da Exegese, o positivismo centrava-se o Direito, antes de tudo, como o reflexo daquilo emanado pela lei, de forma que a jurisprudência e a doutrina exerciam papel secundário, para não dizer supletivo⁸.

A teoria positivista impunha uma visão legalista do direito que deveria se manifestar pela discricionariedade do julgador e pela neutralidade da ciência jurídica,

⁶Streck (2007, p. 166) afirma que o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.

⁷Comte (2003) sustentava que, cientificamente, não se falar em conhecimento absoluto. Desenvolveu, assim, uma teoria de investigação fenomenológica dos fatos, que serviam de base para sistematizar as informações em forma de ciência.

⁸A Escola da Exegese teve como um de seus mais autorizados estudiosos Julien Bonnecase, a qual atravessou três fases: a de formação (1804-1830), a de apogeu (1830-1880) e a de declínio (de 1880 em diante). Considerado um movimento tipicamente francês, não somente por sua origem vinculada ao advento do Código civil Francês (Código Napoléon), mas também pelo clima de ideias, de alguma sorte cartesianas, em que se formaram seus conceitos e tendências. (CANARIS, 2002).

sem, contudo, que houvesse subordinação entre a aplicação do Direito aos ditames de uma moral subjetiva. Para os positivistas, “se digo, ‘o todo é maior que a parte’, estou predicando do ‘todo’ o que evidentemente está implícito em seu conceito, sem necessidade de recorrer, para tanto, a qualquer dado da experiência” (REALE, 2008, p. 18).

Sobre a teoria positivista, acertada é a crítica proposta por Faraco de Azevedo (2000, p.33):

Do positivismo jurídico resultou a atitude descomprometida, ao menos em aparência, do jurista relativamente ao objeto e limites de seu trabalho. Sua problematização, no pensamento da maioria dos juristas, é praticamente inexistente. “*Poucos juristas se preocupam em saber a que servem; eles obedecem*”, como bem observa Villey. Tal a consequência do positivismo, que “abandonou a vida jurídica à letra morta das leis, dos textos de jurisprudência ou ao arbítrio da força”. Este aviltamento voluntário pode ser testemunhado pela convicção professorada por muitos teóricos do direito, que, na trilha kelseniana, vieram a sustentar a “monstruosidade”< segundo a qual o direito seria uma “ciência neutra, uma ciência objetiva”. Todavia, o jurista não é “neutro, irresponsável”. Diz-se que “serve à ordem, à segurança; mas não importa a que ordem?” Ora, “discernir entre as ordens, entre as diretivas emanadas de distintas formas de poder”, é precisamente o que caracteriza o trabalho do jurista.

A crise e decorrente declínio da Escola da Exegese exerceram reflexo direto com a sensação na comunidade jurídica de saturação do legalismo ou positivismo legalista, na medida em que não mais parecia correta “a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas” (GARCÍA DE ENTERRA, 1984, p. 17).

Nesse escopo:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral (KELSEN, 2006, p. 75).

Como visto, a teoria do Direito positivo recebeu aporte na consolidação do Estado Liberal. Para o fim de compreender, então, os aspectos de maior relevância acerca desse estágio de evolução da ciência jurídica, insta tecer alguns comentários acerca desse modelo estatal.

O Estado liberal foi o modelo de Estado adotado com o fim da Revolução Francesa de 1789 até os fins do século XIX. Uma vez superado o feudalismo pelo advento do industrialismo, ocorreu o fenômeno de hipertrofia do Estado⁹, que se tornou tanto complexo quanto individualista, ambos em excesso.

Dentre os teóricos do liberalismo, destacam-se Adam Smith, na *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), David Hume, *Essays, Moral, Political, and Literary* (1741 e 1742) e Jeremy Bentham, *Defensy of Usury* (1781) e *Deontology* (1784), todavia seu maior contribuinte talvez seja Hobbes, como faz crer Strauss (1986, p. 166), para quem “se o liberalismo é a doutrina política cujo eixo fundamental são os direitos naturais do homem por oposição aos seus deveres e se a missão do Estado em proteger estes direitos, então o fundador do liberalismo é Hobbes”.

O Estado liberal, consoante ensinamento de Bonavides (2011, p. 42) foi o primeiro Estado jurídico guardião das liberdades individuais, cujos princípios filosóficos foram desenhados pela burguesia, elevados ao ápice num momento de revolta social, para depois, com a transformação da burguesia de classe dominada, em classe dominante, serem olvidados.

Com efeito, dispõe o autor que, “no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interesse em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens.” (2011, p. 42).

Por conseguinte, a dialética do Estado liberal burguês, - ou Estado burguês de Direito de primeira fase – trouxe consigo o formalismo, traduzido numa técnica fundamental, que visava resguardar a liberdade burguesa, necessária para que se mantivesse o domínio político.

Desta feita, a noção de Estado liberal está intimamente ligada à filosofia de não intervenção do Estado o que, de certa forma, fundamentou os direitos de liberdade que, consoante dispõe Oliveira Junior (2000, p. 85), possuem:

⁹Cumprir destacar o conceito de Hobbes, para quem o Estado se configura na forma de um Leviatã, “Deus mortal, ao qual devemos, abaixo de Deus imortal, nossa paz e defesa” (1979, p. 106). Hobbes observa o Leviatã como uma saída do homem do Estado de Natureza, se estruturando na forma de um absolutismo monárquico, no qual os indivíduos conferem ao soberano autoridade sobre eles na espera de que este lhes garanta a defesa contra os Estados inimigos.

[...] um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

Sob a ótica constitucional, todo esse período de predominância do positivismo jurídico foi caracterizado pelo que se denomina constitucionalismo liberal, filosofia primeira, que marca o surgimento das bases clássicas do constitucionalismo¹⁰.

Consentânea lição de Rossi (2012, p.136), o constitucionalismo liberal, movimento jurídico-filosófico datado dos fins do século XVIII tem como pressupostos a criação de Constituições escritas, cujo objetivo principal era estabelecer a harmonia entre Poder e Liberdade.

Dessa forma, as Constituições vêm como “mecanismos de contenção do poder e, conseqüentemente, de garantia das liberdades que começavam a ser formalmente reconhecidas” (ROSSI, 2012, p. 136). As Constituições de caráter liberal se caracterizam, portanto, por preverem a separação dos poderes e rol de liberdades negativas.

Diz-se liberdades negativas os direitos individuais que dão garantias aos cidadãos frente ao poder estatal, garantindo deste uma abstenção e, aliados ao princípio democrático e à observância de uma lei moral, fundamentam todo o pensamento liberal.

É nesse cotejo de desenvolvimento do Estado liberal que a tutela dos direitos fundamentais firma-se na condição de direitos de liberdade, ou direitos fundamentais de primeira dimensão.

Nessa toada, a primeira dimensão corresponde ao anseio por liberdade e vem no sentido de delimitar a atuação do Estado, daí porque é comum considerar os

¹⁰ Como é sabido, foi Emmanuel Joseph Sieyès quem primeiro esboçou a teoria do Poder Constituinte, em plena turbulência do processo político que culminaria com a Revolução de 1789. Em seu opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Sieyès declara solenemente que “a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”, pois “sua vontade é sempre legal, é a própria lei” (com a ressalva dos limites éticos a que também ela está sujeita, na forma do direito natural). Todavia, ao propor uma nova feição institucional ao Poder Legislativo (que deveria ser assumido pelo terceiro estado), o mesmo autor ressalta que tal objetivo deveria ser alcançado por meio de uma Constituição. “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos a constituição desse corpo” (BASTOS, 1986 p. 116-7, *apud* RAMOS, 2013, p. 111).

direitos fundamentais de primeira dimensão como manifestação jurídica do status negativo, consoante a teoria proposta por Jellinek (2000)¹¹.

Destaca-se, contudo, que se fala em evolução histórica para fins didáticos, todavia é certo que a evolução dos direitos fundamentais e, por consequência, sua divisão em dimensões, não ocorreu de forma cronologicamente linear, daí porque a doutrina moderna prefere a expressão dimensões e não mais o termo 'gerações'¹².

Acerca dos direitos fundamentais de primeira dimensão, faz-se menção à lição de Sarmiento (2006, p. 12-13), para quem estes são concebidos como limites à atuação dos governantes, em favor da liberdade dos governados, de maneira que traçam um campo no qual é vedada a interferência estatal.

Com os direitos fundamentais de primeira dimensão, pode-se separar de forma linear os contornos do Estado e da Sociedade Civil. No mesmo diapasão, a teoria da primeira dimensão dos direitos fundamentais solidificou-se como resposta à clássica dicotomia entre público e privado.

Se de um lado o Estado possui o poder de *Imperium*¹³, é certo que na medida em que se passa a compreender o Estado como meio de assegurar a dignidade dos indivíduos e não mais como fim em si mesmo, toda a sua atuação – positiva e omissiva, insta consignar- deve estar pautada na proteção ao indivíduo.

¹¹ Segundo Jellinek (2010), o *Status negativus* - ou *status libertatis* – representa a relação jurídica na qual o indivíduo pode exigir do Estado um não fazer. Sob o prisma do Estado, verifica-se a existência de um *status subiectionis*.

¹² Um outro sentido em que se pode falar em dimensões dos direitos fundamentais é naquele em que se vem falando em "gerações" desses direitos, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e, para alguns, como nosso Mestre Paulo Bonavides, também, já de uma quarta geração. A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, 'direitos de liberdade' (*Freiheitsrechte*), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omita-se de interferir em uma de suas esferas juridicamente intangíveis. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (*Leistungsrechte*) para suprir carências da coletividade. itJá na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento. Que ao invés de 'gerações' é melhor se falar em 'dimensões de direitos fundamentais', nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, consequentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social e, com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental (GUERRA FILHO, 1998, p. 13).

¹³ Entende-se poder de *Imperium* como a prerrogativa dominante e típica dos Estados soberanos, exercida de maneira imperativa, não existindo outra forma de poder que concorra com esta. É o poder originário que legitima a elaboração e aplicação de leis, diante de um determinado povo, nos limites de um determinado território.

Acerca da primeira dimensão de direitos fundamentais, Oliveira Junior (2000, p. 85) afirma que possui:

[...] um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

Segundo Bonavides (2006, p. 563-564): “os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico.” São, portanto, direitos de resistência ao Estado; com os direitos de primeira dimensão está o indivíduo dizendo até onde pode o Estado agir. Daí porque ser correto pensar em liberdades negativas.

Ademais, há de se ressaltar que a teoria positivista, balizada economicamente pelo Estado burguês e, juridicamente, pelo constitucionalismo liberal centrava o ordenamento no direito privado. Como corolário do exposto, tem-se que a segurança jurídica -máxima do positivismo - era alcançada na medida em que se sistematizava o Direito – daí porque ser correto pensar em constitucionalismo de cunho liberal-burguês como período de codificação do direito privado – com o fim de assegurar-se no plano jurídico a liberdade individual e, da mesma forma o direito à propriedade e ao patrimônio (ROSSI, 2012, p. 137).

Avançando na teoria do Estado liberal, tem-se o surgimento da ideia de Estado burocrático, o que inicia um processo de modificação da significação do e reconstrução do Estado burguês, visto que, em apertada síntese, o liberalismo defendia os fins limitados do Estado. Vale dizer, caberia ao Estado reduzir ao máximo suas atividades, funcionando apenas como vigilante da ordem social, agindo na função de Estado-polícia, sendo vedada iniciativas de ordem econômica.

Observa Azambuja (2012, p. 171) que o Estado liberal, consubstanciado na forma de regime popular, acabou por absorver o indivíduo e o povo, uma vez que estes, incapazes de revolver os problemas que surgiam numa sociedade cada vez mais complexa, buscaram no Estado a resposta para suas dificuldades.

Assim, malgrado sua natureza tipicamente não intervencionista, “o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclamos dos que mais tenazmente defendem os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público, para cada problema, uma lei ou código.” (AZAMBUJA, 2012, p. 171). A doutrina é uníssona a destacar que o Estado liberal passa por uma virada empírica eminentemente burocrática¹⁴.

Tal processo vai de encontro aos ditames do Estado liberal, uma vez que este se caracteriza justamente por impor limites à ação governamental. Segundo von Mises (2010, p. 77):

Tal como o liberal a vê, a tarefa do estado consiste, única e exclusivamente, em garantir a proteção da vida, a saúde, a liberdade e a propriedade privada contra ataques violentos. Tudo que vá além disso é mau. Um governo que, ao invés de cumprir suas tarefas, buscasse ir além e, de fato, violasse a segurança pessoal de vida e saúde, liberdade e propriedade, sem dúvida, seria completamente mau.

O estado liberal sofreu diversas modificações, até ser suplantado pelo modelo de Estado Social, em meados do século XX.

Os fenômenos aqui analisados – Estado liberal, constitucionalismo liberal e positivismo jurídico – com o paulatino desenvolvimento da sociedade mostraram-se insuficientes à regulamentação adequada dos diversos fatores sociais. Dessa forma, observa-se na história o desenvolvimento de diversas teorias, seja no mister de ultrapassar ou de propor uma releitura ao positivismo jurídico. Sob o viés constitucional, fala-se no advento do constitucionalismo social e da consequente vedação à proteção insuficiente.

¹⁴ A autoridade nos aparece hoje sob os traços de um funcionário, sentado detrás de uma secretária e investido dos mais amplos direitos, inclusive o de nos transformar em soldado e de nos mandar receber pedradas em um motim de rua ou fragmentos de aço nos campos de batalha. Esse personagem é eterno, imutável, idêntico a si mesmo de um extremo a outro do território. Na planície ou na montanha, na Ilha de França ou na Lorena, ele aplica os mesmos regulamentos e cobre os mesmos impostos. É todo-poderoso, porque sua espécie é numerosa, porque todos precisam dele, porque suas decisões são apoiadas por uma polícia ativa, uma dócil magistratura, numerosos regimentos. Ele faz recenseamento, registra e espiona. Conhece nossos rendimentos e faz o inventário de nossos bens; sabe se possuímos piano, automóvel, cão ou bicicleta. Educa nossos filhos e fixa o preço do pão; fabrica fósforos e vende fumo para o nosso cigarro. É industrial, armador, comerciante e médico. Possui quadros, florestas, estradas de ferro, hospitais e monopólio dos telefones. Se somos do sexo masculino, manda-nos comparecer diante dele e nos pesa, mede e examina o funcionamento dos nossos pulmões, fígado e coração. Não podemos dar um passo sem que ele seja avisado e encontre pretexto para intervir. Um milhão de franceses, pelo menos, estão a serviço dele, dois ou três milhões são pensionados por ele, e outros aspiram o mesmo. (OPPENHEIMER, 1926, p. 14, *apud* AZAMBUJA, 2012, p. 23).

1.4 ESTADO SOCIAL E A VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE: TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO COMO POSTULADOS DE IGUALDADE MATERIAL

O Estado social surgiu da virada ontológica que pôs termo ao modelo liberal. Veio como uma resposta às crises, com destaque, àquela iniciada pós Primeira Guerra Mundial¹⁵.

Conforme aponta Bonavides (2011) três são os documentos representativos de experiências políticas e institucionais funcionaram como alicerce teórico à discussão acerca do Estado Social. São eles: a Revolução Russa de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, a Revolução Mexicana, e a Constituição Mexicana e, por fim, a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra e a Constituição de Weimar de 1919.

Cumprir destacar, que o ideal do “*heisst sozial*” não se confunde com a teoria de Marx a despeito do Estado socialista. Com efeito, segundo Bonavides (2011, p. 184) “o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. [...] Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar.”

Vale dizer, o Estado social foi implantado em variados sistemas de organização política, vindo a vigorar, por exemplo, na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista e Portugal salazarista.

Estado social, desde logo se deve compreender, não contrapõe, de sobremaneira, o capitalismo liberal, mas representa um sistema no qual o controle burguês da classe se vê enfraquecido e o Estado passa a se configurar na forma de “pacificador necessário entre o trabalho e o capital” (BONAVIDES, 2006 p. 183).

Conquanto o modelo liberal se balizava no ideal de liberdade, o Estado social tinha como fim primeiro a perseguição da igualdade. Tal busca é construída pelo agigantamento da instituição estatal que, como se verá a seguir, recebeu aporte constitucional.

Nos dizeres de Streck (2011a, p. 66):

¹⁵O *liberalismo* reduziu o papel do Estado a de mero árbitro, que só deveria intervir para dirimir os conflitos, deixando à iniciativa individual campo livre de ação. Porém, a grave crise econômica ocorrida depois da Primeira Guerra Mundial levou-o a exercer papel intervencionista, ou seja, papel atuante na ordem econômica. O Estado tornou-se então uma grande empresa, muitas vezes falidas, com o poder de decidir sobre as direções econômicas da sociedade civil (GUSMÃO, 2010, p.371, grifo do autor).

Daí que, em *terrae brasiliis*, o novo texto constitucional – e, não esqueçamos, texto é sempre ume vento – representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória (veja-se, nesse sentido, a determinação constitucional da construção de um Estado Social). A tradição – tão combatida por autores como Habermas – mostra-nos que *não havia espaço para o mundo prático no modelo de direito anterior*. Não havia espaço para a discussão de conflitos sociais, que não eram assunto para o direito; definitivamente, isso não era pauta para a Constituição.

O Estado social teve como baluarte o entendimento de que cabe ao Estado atuar como agente de desenvolvimento, promovendo e atuado em todos os setores da vida de seus administrados. Sob a ótica econômica, diz-se ter sido Keynes¹⁶ o grande responsável por divulgar a teoria do Estado – de Bem Estar – Social ao explicar que a “mão invisível” não era apta a resolver os anseios da sociedade, como defendiam os teóricos do liberalismo. Desta feita, o *Welfare State* se popularizou como solução às crises econômicas pelas quais passou o Estado moderno, como o *crack* da bolsa americana em 1929 e a situação da Europa pós-guerra.

É nesse espeque que fala-se em constitucionalismo social como movimento que sai em defesa não apenas das liberdades negativas, mas também no mister dos interesses coletivos e sociais, com o fim de atingir-se o postulado da igualdade material (ROSSI, 2012, p. 140).

Com efeito, Rossi aduz (2012, p. 140):

As Constituições vão deixando paulatinamente para trás a roupagem baseada na trama de limites ao poder e passam a adquirir uma roupagem baseada em uma trama mais complexa, que faz com que esses documentos passem a ser prospectivos, ou seja, prescritivos mais do que descritivos, estabelecendo programas de ação, fins e tarefas a serem atingidas, não só pela justeza de interesses que carregam, mas, principalmente, porque passam a ser encaradas como comandos normativos constitucionais.

¹⁶A teoria econômica elaborada por John Maynard Keynes (1981 p 378-9) veio como resposta à recessão e ao desemprego, que assolaram o mundo como consequência da crise de 1929. O modelo econômico elaborado por Keynes destinava-se, *ab initio*, à Europa, e posteriormente, aos Estados Unidos, propondo uma negação ao *laissez-fairez* e incentivando uma atuação positiva por parte do Estado com fins a regular os modelos de produção e a circulação de capital.

Assim, o Estado Social é caracterizado pela atuação ativa por parte do Estado e pela normatividade jurídica concedida aos direitos sociais, ou direitos fundamentais de segunda dimensão.

No tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, Marmelstein (2008, p.50), defende que, de maneira diversa ao que ocorre na primeira dimensão, de caráter da não intervenção, a segunda dimensão de direitos fundamentais prima pela necessidade de atuação concreta do Estado nos aparelhos sociais de forma a construir uma sociedade igualitária.

Resgatados pelo constitucionalismo social, fala-se nos direitos fundamentais sociais, remetendo-se, para tanto, aos gritos por igualdade da Revolução Francesa. Consentânea lição de Barros, (2010, p. 102) a categoria dos direitos sociais emergiu, entre os séculos XVIII e XIX, em razão da necessidade de se atender às reivindicações da classe trabalhadora. Outra possível explicação é de natureza marxista e atrela o surgimento dos direitos sociais ao modelo capitalista de Estado, que necessitou conceder certos direitos aos trabalhadores, para que, além de trabalhadores se tornassem também consumidores.

A esse respeito, dispõe Böckenförde (1993, p. 63):

La teoría de los derechos fundamentales del Estado social pretende superar este desdoblamiento entre la libertad jurídica y libertad real. Para el los derechos fundamentales ya no tienen solo un carácter delimitador-negativo sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. Como contenido de la garantía no se prescribe solo la libertad jurídicamente abstracta, sino la real.

Aqui, não mais se contenta com a liberdade abstrata, ou aquela puramente estabelecida em lei; noutro giro, vincula-se o Poder Público à vedação de proteção insuficiente no sentido de implementar aquilo assegurado juridicamente.

Apesar da inegável contribuição, o Constitucionalismo Social teve curta duração, percorrendo o período entre guerras, haja vista que o pós 1948 ficou conhecido como o marco histórico que fundou as bases do neoconstitucionalismo.

1.5 PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: A VIRADA LINGUÍSTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL.

Tendo em vista o agigantamento do Estado Social, este deve ser compreendido consoante o crivo das teorias neoliberais, segundo as quais o Estado providência passa por um processo ontológico no qual se consubstancia na forma de Estado prestador de serviços.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social, com o crescente processo de industrialização e a consequente massificação nas relações, mostrou-se insuficiente à igualdade formal imposta pelos códigos frente à materialidade das desigualdades sociais.

No entanto, em decorrência das transformações sociais e para atender as crescentes demandas, o Estado começou a editar leis específicas, para assegurar maior igualdade entre as partes, na tentativa de reequilibrar o quadro social formado pelo liberalismo. Por ora, é com o surgimento dos microssistemas que exemplifica esta fase do direito privado, mostrando já, o início de um novo paradigma, com o surgimento de inúmeras leis.

Neste contexto, Lorenzetti (1998, p. 45) afirma:

O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos. [...] A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos, que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o Sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.

Assim, a decadência do Código Civil não se esgotou no surgimento do Direito do Trabalho, e significativa mudança na legislação civil, com intervencionismo estatal e inúmeras legislações especiais, ocorrendo uma fase dos estatutos, com maior frequência a partir da 1ª Guerra Mundial, começando a operar-se na Europa uma cláusulas gerais e de diretrizes hermenêuticas.

Da mesma forma, o problema do determinismo legal aplicado ao caso concreto fez com que surgisse um movimento cuja pretensão se resumia em passar a compreender o direito sob o prisma de uma teoria pós-positivista. Essa corrente se

destacou por reintroduzir alguns aspectos, tais como o valor moral, na teoria da interpretação do Direito.

Pós-positivismo e neoconstitucionalismo são formas de superação à teoria do direito positivo, todavia, a doutrina mais avançada, aponta distinções que impedem que estas se confundam, visto que, segundo Streck (2007) há verdadeira incompatibilidade entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

Nessa esteira, faz-se necessário analisar ambas as correntes de pensamento jurídico com o fim de bem compreender suas peculiaridades. Quanto ao pós-positivismo, vale dizer, tem-se que este tratou de resolver o problema da subsunção do direito positivo, promovendo uma reconstrução ética do Direito, afastando-se da Escola da Exegese do século XIX.

O pós-positivismo, consentânea lição de Reale, (2008, p. 319) esgueira-se numa posição eminentemente empírica, de natureza deontológica¹⁷ – por que daí se falar em ontognoseologia jurídica - valendo-se de processos indutivos construtores de arcabouços teóricos que dão base à uma teoria tridimensional de aplicação do direito.

Em razão da necessidade percebida pelo pós-positivismo em se associar direito à moral, parte da doutrina, a exemplo de Radbruch, costuma associar o pós-positivismo como forma de manifestação de um possível neojusnaturalismo. Dispõe (RADBRUCH, 2004, p. 233-234):

[...] depois de um século de positivismo jurídico, ressurgiu com força a ideia de um direito acima das leis no qual se chega ao extremo de representar certas leis positivas como perversões jurídicas. Até que ponto a justiça exige que as normas positivas que contrastam com ela devem ser consideradas juridicamente inválidas? Até que ponto a certeza do direito pode propor a contra-exigência de que o direito codificado, a despeito do seu caráter injusto, seja considerado válido? [...] O sentido geral dessas respostas já pode ser deduzido do fato de que se deu a esse curso de filosofia do direito, no catálogo das lições, um substituto que há muitas décadas tinha caído fora de uso: *direito natural*. (grifo do autor).

Não obstante o entendimento de Streck (2009), para os fins a que pretende a presente pesquisa, considera-se o neoconstitucionalismo como espécie de teoria

¹⁷ [...] os modelos de comportamento, isto é, os “institutos jurídicos” concebidos como estruturas normativas de uma classe de ações, não constituem meras previsões de fatos futuros possíveis no âmbito e em função de dados pressupostos, mas traduzem antes o reconhecimento de que certos fins são social e eticamente necessários: os “modelos” jurídicos não são, pois, esquemas ou sínteses de ordem lógico-operacional ou técnica, mas sim ordenações deontológicas de caráter ético, muito embora fundadas na análise objetiva de dadas situações sociais e históricas (REALE, 2008, p. 325).

pós-positivista, que despontou no mundo após as sérias violações aos direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial o que, em determinada esfera, era legitimado pela teoria do direito positivo.

No que tange à virada linguística¹⁸ responsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

Acerca do marco histórico de desenvolvimento do neoconstitucionalismo, obtempera Barroso (2006, p.18-19) que foi o sentimento de mudança no pós-guerra que fomentou a busca por uma nova teoria constitucional apta a regular satisfatoriamente a sociedade da época.

Desta feita, aduz que “a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas” (BARROSO, 2006, p. 18).

Nesse jaez, o movimento constitucional que surgiu buscava aproximar a teoria constitucional clássica do princípio democrático, construindo, nesse mister, estruturas políticas que atendem pelos mais diversos nomes, tais como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito; Estado constitucional moderno, etc.

Com efeito, reconhece o autor (2006, p. 19) que a formação do neoconstitucionalismo tem como principal referência a Constituição Alemã, de 1949, e a consequente criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951.

Informa Barroso (2006, p. 19) que após as modificações a nível constitucional na Alemanha, deu-se início a uma corrente jurisprudencial e doutrinária que tinha como objeto de análise a ascensão científica do direito constitucional.

O que seguiu foi uma verdadeira releitura dos sistemas constitucionais: na Itália, em 1947 e, mais adiante, em Portugal (1976) e na Espanha (1978).

Acerca do neoconstitucionalismo em *Terrae Brasilis*, tem-se que seu triunfo foi tardio, apenas com promulgação da Constituição Federal de 1988, com o

¹⁸ [...] depois que Frege substituiu a via régia mentalista da análise de sensações, representações e juízos por uma análise semântica das expressões linguísticas e Wittgenstein radicalizou a virada linguística numa mudança de paradigma, as questões epistemológicas de Hume e Kant poderiam ter assumido um sentido novo, pragmático [...] Mas a filosofia linguística também se manteve fixa à ordem tradicional de explicação. A teoria continua a gozar um primado sobre a práxis, enquanto a representação goza de um primado sobre a comunicação (HABERMAS, 2004, p. 8).

processo de redemocratização do Estado brasileiro e de superação ao regime militar instaurado em 1964.

Nessa toada, na medida em que a ditadura militar se caracterizou pela supressão de direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo representou importante conquista social e política.

A promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988 “representou o grande marco na redemocratização do país, com uma relevante dimensão simbólica: ela marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia” (SARMENTO, 2006, p. 84).

A Constituição Federal de 1988, conforme ensinam Bonavides e Paes de Andrade (2005, p. 486) “reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar”.

Vale dizer, consagra direitos que haviam sido retirados do cidadão, e, nessa medida, cabe falar em superação do Estado de Direito pelo Estado Constitucional (SARMENTO, 2006, p. 51).

O neoconstitucionalismo designa o fenômeno de aplicação da Constituição diretamente pelos juízes por meio da interpretação, sem ter a lei como intermediária. Este fenômeno é mais comum nos sistemas normativos abertos que são formados por mais princípios do que regras, o que aumenta a liberdade de interpretação do juiz.

Para Barroso (2006, p. 29) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados:

- (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito

Desta feita, o constitucionalismo moderno elevou a Constituição à condição de elemento fundante e principal da ordem jurídica, sendo que o neoconstitucionalismo deve andar conjugado com o ideal democrático para o

reconhecimento da pluralidade social e jurídica e assegurando os direitos fundamentais de todas as camadas sociais.

Nesse diapasão, cumpre destacar que a Constituição é elevada à condição de *Grundmethode*, ou, como aduz Streck (2007, p. 313) “uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante”.

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7) a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais têm força normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antropológica do Direito em sua plenitude por meio da hierarquização constitucional. Nesse jaez, Supiot (2007, p. 46):

Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente.

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica dos direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9) o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Oliveira, (2010, p. 113) afirma que, ao passo e, que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito

administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos valores que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas.

Por fim, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293) que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma, porquanto “os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras” (SILVA, 2011)

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca do fenômeno de constitucionalização ou despatrimonização do direito privado, consectários lógicos do neoconstitucionalismo, cabe destacar que, com o advento do Código Civil de 2002, surgiu um número significativo de cláusulas gerais, que, em consequência, acentua um caráter valorativo; há que se fazer uma valoração à luz do critério dado, pois só assim, permitirá apurar qual a conduta objetivamente reclamada por aquele tipo na situação concreta (ASCENÇÃO, 2006, p. 79).

Dessa forma, pode atribuir ao intérprete uma posição mais responsabilizante na interpretação e aplicação do Direito, no caso concreto e, por conseguinte, acompanhar as transformações sociais.

Todavia, apesar dos avanços do Código de 2002, fica ainda bem aquém da Constituição, no que se refere ao alicerçamento do Direito Privado, mas também tem muitos méritos, como a inclusão de certos ordenamentos jurídicos pela jurisprudência e pela doutrina.

A partir daí, começa a ocorrer o processo de descodificação do Direito Privado, devido ao advento de microssistemas legislativos, cabe destacar, a descodificação não se resume à multiplicação de normas setoriais, fora do Código, e sim em objetivos e valores diferentes daqueles.

A consequência mais marcante deste movimento é justamente a constitucionalização do direito privado, trata-se, segundo os defensores desta concepção da descodificação, de uma tendência geral da evolução do direito que tem origem no pós-guerra mundial e consiste num movimento de fuga dos códigos, criando-se uma verdadeira alergia ao sistema codificado (VARELA, 1984, p. 499).

De acordo com as funções prestantes, os códigos são obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do Direito, diante disto, no momento a discussão deve pairar no que se demonstra mais oportuna na sua aplicação no cenário jurídico atual, em decorrência das demandas sociais e da complexidade na aplicação do direito.

A perspectiva civil-constitucional é uma mudança de paradigma e alternativa para a reunificação do sistema, interpretando todo o direito privado, à luz da Constituição. Por consequência, as Constituições passaram a definir os princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do direito (VARELA, 1984 p. 501).

Esta constitucionalização é caracterizada pela perda da centralidade no sistema de fontes pelo Código Civil, tendo em vista a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida, assim, não recomenda sua continuidade, de acordo com a complexidade da vida contemporânea, além de que, a realidade não condiz com a rigidez de suas regras.

Com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, no contexto do neconstitucionalismo, passará também a disciplinar as relações econômicas e privadas, se convertendo em centro unificador do ordenamento civil.

Surge, portanto, uma nova espécie de positivismo, com a adoção da perspectiva constitucional, a qual impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o Direito Civil, como protagonista da reconstrução do sistema jurídico, não mais centrado no Código, mas na Constituição.

Mas, de todas as inovações, sem dúvida a mais importante na história é conferida aos Direitos Fundamentais. A Constituição os elevou à cláusula pétrea, imunizando-os da ação corrosiva do constituinte derivado, com uma posição

hierárquica superior, a abertura de suas normas, e que versam também sobre relações privadas, ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição.

O reconhecimento da força normativa da Constituição veio trazer novas tendências, pois embora existam gradações entre os efeitos dos preceitos Constitucionais, todos eles possuem pelo menos uma eficácia mínima, um exemplo, o de que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico.

Negreiros (2006) salienta a importância do reconhecimento da força normativa da Constituição na interpretação e aplicação do direito:

A densificação do conceito de ordem pública a partir dos parâmetros hermenêuticos estabelecidos constitucionalmente não teria sido possível sem a decisiva contribuição da teoria constitucional, que criou instrumentos capazes de garantir à Constituição o *status* de autêntica norma jurídica (NEGREIROS, 2006, p. 50-51).

Há pouco tempo prevalecia no Brasil a visão de que a Constituição era vista mais como um instrumento ideológico a serviço da classe burguesa. Na Alemanha, Ferdinand Lassale, comparava a Constituição a um mero “pedaço de papel”. Para combater esta posição, Konrad Hesse esboçou sua teoria sobre a “força normativa da Constituição”, que se opõe ao normativismo de Kelsen que, no plano Constitucional, isola a Constituição da realidade social, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas o fenômeno constitucional, que para Hesse é a “vontade de Constituição” (SARMENTO, 2006, p. 54).

Trata-se de usar a interpretação constitucional como instrumento de emancipação social, pois a realidade social influencia a Constituição, servindo como instrumento normativo.

Portanto, mediante o reconhecimento da força normativa, com o fortalecimento da jurisdição constitucional, ocorreu, sobretudo, a afirmação do caráter normativo dos princípios constitucionais.

Esta incidência das normas constitucionais no direito privado dá-se de inúmeras formas. Primeiro representa um limite para o legislador privado, o que importa na inconstitucionalidade das normas editadas em contrariedade a ela, bem como na não-recepção dos diplomas anteriores com ela colidentes. Também, a Constituição projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para as transformações sociais

ocorrentes, com a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Streck afirma ser importante conceber a Constituição como topos hermenêuticos, pois “a existência de uma hermenêutica constitucional, é perceber a Constituição como uma ferramenta, cujo conteúdo vem/virá a ser “confirmado” (ou não) pela técnica específica de interpretação (denominada hermenêutica constitucional)” (2007, p. 311). Dessa forma, supõe uma nova metodologia constitucional, que saiba extrair dos princípios constitucionais toda a sua eficácia jurídica transformadora.

A esta perspectiva civil-constitucional, como instrumento metodológico apropriado a permitir às normas constitucionais que incidam sobre as relações jurídicas estabelecidas entre particulares, encontram-se fortes resistências. A maioria das críticas é voltada para a eficácia direta da Constituição nas relações privadas, pois se teme a descaracterização completa do Direito Privado, com perigos à autonomia privada.

Além do mais, a opção pelo reconhecimento de que a Constituição e não do Código Civil, figurando no centro do Direito Privado, decorre não apenas de um posicionamento jurídico calcado na dogmática, mas também de uma escolha ideológica, que leva em consideração as peculiaridades da Constituição Federal de 1988, voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana, da justiça material e da igualdade substantiva.

Assim, a teoria constitucional criou instrumentos capazes de garantir à Constituição o *status* de autêntica norma jurídica, além do mais, com a afirmação do caráter normativo dos princípios constitucionais, a Constituição foi pouco a pouco conquistando a condição de suprema fonte do Direito, seja público, seja privado.

Reconhecida a “força normativa da Constituição”, baseado na eficácia normativa dos princípios constitucionais, com a aludida materialização do sujeito de direito, a perspectiva civil-constitucional, em suma, constitui a conexão entre a história do direito civil e a história constitucional – particularmente o projeto de sociedade “justa, livre e solidária” (CF, art. 3º, I) que se foi delineado nas Constituições do século XX. (SARMENTO, 2006, p. 58).

Essa transformação na forma de aplicar o direito, segundo desenvolvido anteriormente, é fruto da própria evolução social. Dessa nova concepção decorre a mudança de paradigma, consequência do advento do neoconstitucionalismo.

Ocorre que, mesmo o neoconstitucionalismo mostrou-se insuficiente como proposta de resposta aos desafios da pós-modernidade. A seguir, serão estudadas a crise desse modelo constitucional e uma de sua releituras mais promissoras: o novo constitucionalismo latino-americano.

2 A CRISE DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO POSSIBILIDADE DE ADVENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

2.1 A PÓS-MODERNIDADE E A CRISE DE LEGITIMIDADE DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O giro linguístico-ontológico que deu azo ao advento do neoconstitucionalismo passou a ser objeto de críticas. Como se verá a seguir, parte da doutrina questionou o que, de fato, esse neoconstitucionalismo possuía de novo.

Conforme lição de Lizana (2010, p. 93) o termo neo aliado à palavra constitucionalismo leva a pensar que *“el neoconstitucionalismo es un resurgimiento de los postulados del constitucionalismo, o bien num constitucionalismo de nuevo cuño”*.

No mesmo sentido, Nojiri (2012, p. 48) ensina que o termo “neoconstitucionalismo” pretende transmitir a ideia de um novo constitucionalismo, ou, dito de outra forma, de um movimento político que busca afastar-se do constitucionalismo clássico.

Destaca-se que o neoconstitucionalismo não se opõe aos pontos fundamentais do constitucionalismo clássico, empregando uma maneira peculiar de compreender o direito. “Não se trata de um repúdio ou abandono de valores e ideais constitucionais do passado, mas de uma particular proposta metodológica destinada a analisá-los” (NOJIRI, 2012, p. 48).

É nesse cenário que o neoconstitucionalismo é alvo de críticas, na medida em que se percebe que seus fundamentos, talvez não representem a construção de um novo paradigma ao direito constitucional.

Conforme lição de Dalmau e Viciano (2013, p. 70) as críticas ao neoconstitucionalismo vêm crescendo nos mais variados sentidos: refuta-se a falta de coerência e de sistematização de sua denominação e princípios e, num segundo momento, alega-se a ocultação de uma teoria de poder dentro da teoria do Direito.

Dispõem os aludidos autores (2013, p. 71):

El problema de raíz estriba en que los neoconstitucionalistas han tratado su doctrina como un cambio paradigmático, cuando no estamos ante una discusión del paradigma positivista consolidado en particular a partir de las doctrinas kelsenianas y la posición de la constitución en el ordenamiento jurídico.

Observa-se, nesse sentido, que a crítica tecida ao neoconstitucionalismo tem por base o fato deste não representar, conforme pretendido, um novo paradigma constitucional apto a tutelar satisfatoriamente os direitos fundamentais.

Segundo lição de Streck (2011a, p. 12) a adoção, ainda que tardia, do neoconstitucionalismo, em *terrae brasilis*, representou a condição necessária ao surgimento de diversas patologias jurídicas, das quais se destaca a própria corrupção do texto constitucional.

Obtempera:

Observa-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional de efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o reflexo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (grifos do autor) (STRECK, 2011^a, p. 12).

Para Streck (2011b, p. 13), o neoconstitucionalismo é o movimento teórico construído para lidar com um direito novo – o autor remete-se às expressões “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico” -, no qual todas suas premissas são depositadas numa loteria do protagonismo judicial.

É nesse sentido que a proposta de um paradigma epistemológico da filosofia da consciência como legitimação do Estado constitucional pós-moderno não escapa do solipsismo judicial¹⁹.

O neoconstitucionalismo destacou-se por não trazer a indiferença. Com efeito, essa releitura do direito constitucional é marcada pela preocupação de ordem

¹⁹ Para Streck (2010, p. 104) o problema do senso comum do Direito neoconstitucional consiste na “não superação do positivismo jurídico naquilo que é seu principal elemento – a discricionariedade, sustentada, por sua vez, no solipsismo do sujeito da modernidade”. Sobre o solipsismo presente no neoconstitucionalismo, enciona ainda: É por isso que venho sustentando – inclusive alterando posição professada há alguns anos atrás – que a proporcionalidade somente tem sentido se entendida como ‘garantia de equanimidade’. Ou seja, proporcionalidade – admitindo-se- a *ad argumentandum tantum* – não é (e não pode ser) sinônimo de equidade. Fora disso, o ‘princípio’ da proporcionalidade se torna um irmão siamês do livre convencimento, ambos frutos do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência, com o que voltamos ao âmago do tema tratado nesta obra: pode o sujeito solipsista se manter em pleno giro ontológico-linguístico?”(STRECK, 2010, p. 50-51).

ético-filosófica na construção de uma sociedade justa e solidária. (STRECK, 2011, p. 17).

E, para atingir este fim, o neoconstitucionalismo enxerga o direito não como mero regulador das relações jurídicas, mas como mecanismo de transformação social.

Essa visão ganha suporte em Ferrajoli (2002), para quem o neoconstitucionalismo é apenas uma continuação natural do positivismo, não havendo, assim, que se falar em superação, mas em continuidade. E dessa forma, para Streck “o pós positivismo deveria ser a principal característica do neoconstitucionalismo. Mas não é” (2011, p. 20).

Malgrado as digressões epistemológicas se representa ou não o neoconstitucionalismo teria de cunho pós-positivista – aqui, filia-se a posicionamento distante daquele supracitado – o fato é que esse novo paradigma proposto mostrou-se insuficiente a responder satisfatoriamente os desafios da pós-modernidade.

Desta feita, compreende-se o neoconstitucionalismo como movimento político legítimo na medida em que concretiza seus baluartes, aproximando o Direito dos ditames da moral.

E como consectário lógico do acima exposto, tem-se, que talvez, o grande responsável pela crise de legitimidade pela qual passa o neocosntitucionalismo seja o advento da pós-modernidade.

Pós-modernidade aqui compreendida consentânea lição de Bittar (2008, p. 131) para quem esta representa “um contexto sócio-histórico particular, fundado na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos pela modernidade ocidental”. Vale dizer, conquanto o neoconstitucionalismo e sua crise de legitimidade são fenômenos passíveis de serem analisados, a pós-modernidade representa o *lócus*, propriamente o cenário em que essas mudanças epistemológicas se manifestam.

Assim, ensina o autor (BITTAR, 2008, p. 132-133) que a pós-modernidade deve ser percebida como período de revisão das heranças modernas e como tempo histórico de transição no qual se discute a crise sistêmica pela qual passou a modernidade e, por conseguinte, “produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos”. Nas pós-modernidade, fala-se em sistemas jurídicos fundados

em novos princípios, antes não discutidos, tais como o pluralismo e a transnacionalidade.

Conforme aponta Ferrajoli (2002) a sociedade pós-moderna é caracterizada pela globalização, fenômeno que redefine as noções de tempo e de espaço, gerando, por consequência, uma verdadeira “desterritorialização”, marcada pela interdependência cultural, política e econômica que transforma o mundo numa aldeia global.

Hialino que as consequências da pós-modernidade refletem também no Direito, que, como é cediço, não está imune a transformações. Nesse sentido, “a globalização coloca em crise os paradigmas do Direito moderno” (ALVES, NIKITENKO, SANTOS, 2013, p. 6), daí que surge a necessidade de se rever institutos e conceitos construídos ao longo de séculos, na medida em que seus baluartes não mais respondem a contento aos desafios enfrentados na realidade contemporânea.

É diante do impacto da globalização nas relações jurídicas que os juristas rediscutem novas formas de pensar o Direito, principalmente, como operá-lo neste período de grandes transformações.

No mesmo sentido, Cruz (2006) afirma estar-se vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala mundial. Apontando para a crise de legitimidade que acometeu o neoconstitucionalismo, dispõe o autor (2006, p. 7):

A reconstrução da Sociedade pós Estado Constitucional Moderno passa pela reabilitação do político, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimento do bem comum, de um saber-viver juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

É certo que o neoconstitucionalismo veio com o mister de proporcionar uma leitura moral da Constituição e do próprio fenômeno jurídico e, é nesse diapasão que institui o Estado Constitucional Moderno.

Noutro giro, aponta Habermas (1998, p. 78) para um fenômeno de crise de legitimação do Estado Constitucional Moderno. Tal vem como decorrência do fracasso do neoconstitucionalismo em cumprir com todas as suas promessas, especialmente aquelas relacionadas à tão proclamada consagração de direitos fundamentais.

Nesse cenário, surgem como alternativas de superação – ou mesmo releitura – do neoconstitucionalismo, fenômenos que, ao menos em tese, dialogam com as estruturas da sociedade pós-moderna, das quais se destacam o novo constitucionalismo latino americano e o transconstitucionalismo²⁰.

Uma vez que escapa do objetivo desse trabalho as peculiaridades do transconstitucionalismo, incute analisar o novo constitucionalismo latino-americano como ultrapassagem do neoconstitucionalismo.

Antes de questionar seus aspectos filosóficos, deve-se compreender as arquiteturas político-jurídicas dos Estados que adotaram esse novo modelo constitucional rumo à descoberta de uma epistemologia do Sul²¹.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO: OPRESSÃO E A BUSCA PELA DESCOLONIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA

Aqui, traçar-se-á o esboço político dos países que modificaram substancialmente suas dinâmicas constitucionais de forma isolada, para após, analisar suas convergências e divergências e, com isso, responder à questão se, de fato, pode-se falar em um novo constitucionalismo latino-americano.

Desta feita, estuda-se o contexto social e as mudanças constitucionais que marcaram os países da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador nos últimos anos.

2.2.1 Colômbia: início de uma nova teoria constitucional na América latina?

A Constituição colombiana de 1991 é a primeira a trazer ao centro da discussão jurídica as cosmovisões indígenas e a tutela do pluralismo étnico cultural. Desta feita, há entendimento (WOLKMER, 2011, p. 153) no sentido de que sua

²⁰Transconstitucionalismo, insta ressaltar, aqui é compreendido como a teoria segundo a qual se admite a existência de sistemas “hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 25).

²¹ Para Santos (2009, p. 7) epistemologia do sul “trata-se do conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam a supressão dos saberes levada a cabo, ao longo dos últimos séculos, pela norma epistemológica dominante, valorizam os saberes que resistiram com êxito e as reflexões que estes têm produzido e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimento. A esse diálogo chamamos ecologias de saberes.

promulgação deve ser considerada um dos marcos iniciais do movimento do novo constitucionalismo latino-americano.

O refundado Estado da Colômbia destacou-se, dentre outras inovações constitucionais, por: i) proclamar, dentre seus princípios, a Democracia Participativa e o pluralismo (art. 1); ii) juízes de paz (art. 247); iii) jurisdição arbitral e conciliadores (art. 116); iv) jurisdição eclesiástica (art. 42) (WOLKMER, 2011, p. 153).

Outro ponto de destaque, diz respeito ao ativismo judicial²² presente na Colômbia, o que demonstra cada vez mais a judicialização da própria política na América Latina.

O caráter pluralista da Constituição colombiana de 1991 é expressamente declarado em seu artigo 1º, que afirma tratar-se de um Estado social de direito, organizado na forma de República unitária, descentralizada, com autonomia de suas entidades territoriais, democrática, participativa e pluralista.

É nesse cotejo que Viciano e Dalmau (2013, p. 24) afirmam que a nova Constituição colombiana modificou consideravelmente as estruturas do país, que não mais respondia aos anseios da sociedade. Destacam, ainda que a Constituição de 1991 veio como resposta ao movimento popular da “*séptima papeleta*”²³.

O artigo 171 ao estabelecer as estruturas do Senado Federal, determinou que sua composição fosse mista, uma vez que deveria conter entre seus membros, representantes dos povos indígenas.

²² O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito (HART, 2001, p. 335).

²³ *El movimiento estudiantil de la denominada séptima papeleta, surgió como una respuesta diferente a una sociedad acorralada por el miedo, por la intimidación de quienes aplican su propio código del crimen, la propia sentencia y la propia muerte. Fue un hecho político que se manifestó en un cambio jurídico para dar paso a la transformación más importante en la historia de la nación colombiana, que aún la persiguen sus enemigos, como la corrupción política y administrativa, y la manera como se quiere hacer desdibujar el sentido y alcance de la Constitución del 91, frente a otros procesos constitucionales2, con cambios que deben ser realmente necesarios y no fruto de acciones humanas, plasmadas en la traición de los servidores públicos al sentido que deben orientar sus actuaciones en el rol funcional y competencial* (ROLDÁN, 2011, p. 368).

Outro traço da proteção às cosmovisões indígenas, ainda que de forma mitigada, se refere à previsão constitucional contida no artigo 246 da Constituição colombiana de 1991, *in verbis*:

ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Como se depreende da leitura do dispositivo supra, ficou instaurado na Colômbia que, paralelamente à Justiça comum ordinária, atuaria uma Justiça indígena, norteadas pelos saberes tradicionais que não contrários à Carta constitucional.

Com efeito, faz-se mister o comentário de que não apenas a Constituição, mas os Tribunais colombianos vêm cada vez mais defendendo os direitos dos povos aborígenes.

Nesse sentido, a sentença T-921/13, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, veio no sentido de reconhecer a competência exclusiva da jurisdição penal indígena pelos crimes cometidos por seus membros, possibilitando ainda que as medidas de privação de liberdade sejam aplicadas na comunidade de origem do apenado, de modo a preservar seus costumes étnicos²⁴.

Outra importante decisão da Corte Constitucional colombiana no que tange à proteção dos direitos indígenas, diz respeito à faculdade que possui o aborígene de se escusar de prestar serviço militar obrigatório, justificando tal na existência de conflito com suas crenças.

A decisão em apreço, *Sentencia T-465/12*, de relatoria do Ministro Jorge Ivan Palacio, fundamentou-se na irradiação do direito fundamental à identidade cultural, bem como na liberdade de crença e determinou que, *in casu*, deve-se, além de

²⁴*El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.*(COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-921/13)

comprovar a condição de indígena, manifestar vontade de retirar-se em razão de crença incompatível com a prática militar.

O forte ativismo judicial colombiano no que se refere à defesa dos direitos dos indígenas talvez seja reflexo do fato de que as modificações constitucionais, não obstante tenham representando avanço, ainda é tímido, quando comparado frente à realidade e aos desafios que permeiam a sociedade colombiana.

Afora o que foi dito, o ativismo judicial na Colômbia não se limita a proteger apenas as cosmovisões indígenas, mas, de forma geral, a Corte Constitucional vem se posicionando no sentido de declarar inconstitucionais as diversas leis que contrariam a busca pela máxima efetividade dos direitos sociais.

A esse respeito, Yepes (2007, p. 50) afirma que o fenômeno do ativismo judicial na Colômbia não deve ser considerado como fato isolado, mas sim como alternativa encontrada, dentro dos limites constitucionais, com o fim de: i) lutar contra a corrupção; ii) conter os abusos de poder, especialmente no que tange às declarações de estado de emergência ou estado de exceção, momentos políticos nos quais os direitos fundamentais são suprimidos substancialmente; iii) proteger as minorias, reconhecendo o pluralismo cultural étnico e combatendo as políticas econômicas neoliberais que minavam o plano eficaz dos direitos sociais.

Nesse jaez, anulou-se leis que versavam sobre o impostos sobre produtos básicos como forma de combate à política neoliberal (C-776/03), contra a política de congelamento de salários (Sentenças C-1433/00, C-1017/03), dentre outros que consubstanciam uma vasta jurisprudência recente que vem como postulados de proteção aos direitos sociais.

Brandão (2013) traz à baila importante comentário acerca do controle do poder e das reformas Constitucionais conforme previstas na Constituição de 1991.

No mesmo diapasão, afirma o autor (2013) que a Carta colombiana pode ser modificada pelo Congresso, por Assembleia Constituinte ou pelo povo, por meio de referendo. Dessa forma, não apenas os Poderes constituídos, mas também a população possui a prerrogativa de emendar a Constituição, daí porque se deve ressaltar que um dos corolários da nova arquitetura política na Colômbia é justamente a soberania popular exercida por meio da participação direta.

Comparando os textos da Constituição colombiana de 1886 e a nova Constituição, Brandão (2013) conclui que, ao passo em que aquela apresenta uma visão monocultural do mundo, deixando de reconhecer as diferentes culturas, esta

veio no mister de fortalecer as diferenças e modificando o entendimento em torno do ideal de justiça. Aduz:

O papel da Constituinte de 1991 foi propor uma sociedade nacional baseada em diferenças, incorporando direitos a favor das comunidades indígenas, direitos coletivos sobre seus territórios e reconhecendo a autonomia das autoridades tradicionais indígenas sobre o sistema de justiça (BRANDÃO, 2013, p. 58).

Com base no exposto, pode-se observar que a Constituição colombiana representou a refundação do Estado e a reestruturação de suas bases ideológicas. O legislador constituinte preocupou-se, de sobremaneira, com a participação popular, com os direitos sociais e com os aspectos pluriculturais.

Resta averiguar se os demais países na América Latina que passaram por mudanças em suas arquiteturas políticas comungam de pontos comuns com as modificações que caracterizaram o novo Estado colombiano.

2.2.2 O novo paradigma político na Venezuela

Antes de falar do movimento de reconstrução constitucional venezuelano, deve-se mencionar o evento que lhe deu causa: a revolta de Caracaço.

Segundo entendimento de Uchoa (2005), o Caracaço – *Caracazo*, em espanhol – consistiu em um movimento social ocorrido em 1989, em Caracas, capital da Venezuela e que veio como resposta à política neoliberal adotada pelo governo do então presidente Carlos Andrés Pérez.

Motivada pelo desrespeito aos direitos fundamentais sociais ou, nas palavras de Viciano e Martinez (2010, p. 24), pela “insensibilidade social do Estado venezuelano”, que há muito acometia esse país, foi o aumento do preço do transporte público o estopim para uma das maiores revoluções populares que ocorreram na América Latina (UCHOA, 2005).

Como resposta ao massacre que tomou proporções inimagináveis, procedeu-se uma reestruturação da arquitetura constitucional, evento que se destacou por contar, em todas as etapas, com a participação popular.

Com efeito, Viciano e Martinez (2010, p. 24) afirmam que foi somente com a Constituição venezuelana que deu-se o ponto de largada para o primeiro processo

constituente com as características que, mais tarde, marcariam o novo constitucionalismo latino-americano. Não obstante, tal posicionamento não merece prosperar na medida em que a reconstrução constitucional na América Latina, como visto, teve início anos antes no Estado da Colômbia.

Conforme lição de Kling (2010, p. 16), as mudanças jurídicas ocorridas na década de 1990 na Venezuela vieram como consequência do caos econômico e da desilusão política que assolava o país.

O que se buscou foi refundar a República Venezuelana e a democracia direta foi o instrumento utilizado nesse mister. A população influenciou diretamente na reconstrução do Estado venezuelano em três diferentes referendos: o primeiro para decidir sobre a convocação da Assembleia Constituinte, outro para escolher os integrantes da Constituinte e o último para aprovar a nova Carta Constitucional.

A intenção em construir um novo paradigma institucional na Venezuela vê-se claro na leitura do preâmbulo da nova Constituição, aprovada em 1999, *in verbis*:

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia [...].

Cumpra agora, analisar algumas das modificações contidas na nova Carta constitucional da Venezuela e eventuais emendas constitucionais.

Destarte, insta salientar a preocupação do constituinte com a confirmação constitucional de que o Estado que se buscava refundar, tratava-se de Estado plurinacional multiétnico.

Nesse espeque, destaca-se a tutela jurídica conferida aos povos aborígenes. O artigo sexto da Constituição Venezuela de 1961 preconizava que o idioma oficial era o castelhano; noutro giro, a Constituição de 1999, malgrado admita ser o castelhano o idioma oficial, irradia comandos de proteção às línguas indígenas, porquanto sejam consideradas patrimônio cultural (KLING, 2010, p. 17).

Ademais, no que tange à administração da Justiça, o novo Estado pluricultural venezuelano instituiu instâncias de jurisdição indígena, parte integrante do Poder

Judiciário com competência exclusiva para a solução de lides que tenha como partes os índios.

Sobre a justiça indígena, estabelece o artigo 260 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

De fato, essa nova roupagem conferida à tutela dos povos aborígenes, que passaram a possuir capítulo próprio na Carta Constitucional - *De los Derechos de los pueblos indígenas* - vem como consequência do pluriculturalismo jurídico, característica marcante na Venezuela pós-1999.

Conforme apontam Cadematori e Costa (2013, p.229), a Venezuela viu-se envolvida em uma doutrina ‘*del socialismo del Siglo XXI*’, liderada por Hugo Chávez, que teve como suporte fático o fortalecimento dos direitos sociais, a destacar os trabalhistas, com a diminuição da jornada de trabalho de 44 para 36 horas semanais e a criação do Fundo Social de Estabilidade para trabalhadores autônomos.

Ademais, o texto constitucional condicionou a alteração da Constituição por meio do Poder Derivado Reformador à vontade da população. Nesse diapasão:

La constitución bolivariana es, en estos momentos, el paradigma del nuevo modelo, que la relación entre pueblo, soberanía y Constitución. [...] siendo consciente de la limitación de su validez temporal, permitir adaptar el texto constitucional el momento social correspondiente; [...] el buen criterio de los constituyentes venezolanos de 1999 eliminó el supuesto poder constituyente constituido o poder de reforma constitucional. Por tanto, en Venezuela una reforma constitucional sólo puede culminar con éxito cuando el pueblo así lo desee. (VICIANO; MARTÍNEZ, 2008, p. 122).

Outro aspecto de destaque diz respeito à nova divisão de Poderes. Com efeito, conforme se depreende da leitura do artigo 136 da Constituição venezuelana, o novo paradigma político deu-se de tal forma que passaram a coexistir em harmonia o Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, Cidadão e Eleitoral.

Essa nova dinâmica dos Poderes é fruto da filosofia que tomou conta de alguns Estados da América Latina nos últimos anos. Dessa arquitetura vale comentar a atuação do Poder Cidadão, órgão que tem como mister “prevenir,

investigar e sancionar os acontecimentos que atentem contra a ética pública e a moral administrativa, velar pela boa gestão e bom uso do patrimônio público” (KLING, 2010, p. 17), além de atuar de forma positiva na consecução de promover o adimplemento fenomenológico das normas programáticas.

Desta feita, compreende-se que vem o Poder Cidadão como possível solução ao desafio eficaz dos direitos sociais.

Para Kling (2010, p. 20), o Poder Eleitoral funciona com o objetivo de regular e julgar todos os atos relativos às eleições, bem como incentivar a prática da cidadania. Desta feita, uma das medidas adotadas pelo Poder Eleitoral foi trabalhar para que todos os cidadãos maiores e capazes pudessem portar um cartão de identificação nacional, documento necessário para a votação, sendo que, historicamente era utópico o registro em se tratando das minorias afro-venezuelanas e indígenas, malgrado seu contingente represente parcela considerável da população.

Como se pode observar, muitas das modificações constitucionais que marcaram a história recente da Venezuela vieram ancoradas na busca pela inclusão pluricultural e numa política de descolonização. Resta analisar se tal fenômeno também se repete nos outros Estados da América Latina, os quais protagonizaram releituras constitucionais nos últimos anos.

2.2.3 A nova constituição da Bolívia e a tutela das cosmovisões indígenas

Antes de mencionar acerca dos aspectos inovadores que marcaram a nova Constituição da Bolívia, incute fazer um breve comentário acerca do movimento que funcionou como estopim da reorganização estatal: a Guerra do Gás.

Chama-se de Guerra do gás a série de fortes revoltas populares ocorridas em 2003 na Bolívia como resposta à privatização de setores estratégicos. A revolta estava motivada pela decisão política em exportar gás natural pelo Chile, num momento em que grande porcentagem das famílias bolivianas – a destacar a quase totalidade da população indígena – ainda cozinhava à lenha, em razão da ausência de uma política interna que abastecesse o gás. Conforme ensina Pisarello (1999, p. 8), o que se seguiu foi a promulgação de uma Carta Constitucional que abarcou em seu âmago a luta pela defesa das cosmovisões indígenas.

A esse respeito, Brandão (2013, p. 95):

Não é à toa que a população indígena tenha forte intervenção nessas Cartas, pois foram as populações mais exploradas – tanto fisicamente quanto no campo epistêmico – e encontraram no Constitucionalismo uma forma de positivar seus direitos e disputar a institucionalidade.

Fica latente, por conseguinte, que a América Latina passava por um momento de reconhecimento dos direitos indígenas e de uma política de descolonização do Direito por meio da proteção aos aspectos multiétnicos e pluriculturais.

O artigo 1º da Constituição boliviana - promulgada após referendo aprobatório, insta salientar - declara tratar-se a Bolívia de um Estado Unitário Social de direito plurinacional, comunitário, livre, autônomo e descentralizado, independente, soberano e intercultural, fundado na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país.

Dessa leitura, resta incontroversa a preocupação do constituinte em reforçar os aspectos multiculturais no novo Estado boliviano. No mesmo sentido, Brandão (2013, p. 95) comenta que, dos “400 artigos da larga Constituição boliviana, 80 fazem referências aos povos indígenas, que são definidos pela Carta como coletividades humanas que partilham de identidade cultural, o idioma, a tradição, a história”, além da religião, instituições próprias, território, enfim, toda uma cosmovisão que, antes olvidada, recebeu assento constitucional.

Assim, a Constituição boliviana estabelece a proteção aos saberes e práticas indígenas, bem como ao seu sistema político, jurídico e econômico, reconhecendo, por sua vez, a tutela coletiva sobre territórios e protegendo a propriedade comunitária, como aquela que compreende o território campesino originário (BRANDÃO, 2013, p. 95-96).

Nessa senda, os conhecimentos tradicionais indígenas são elevados ao campo da propriedade intelectual, histórica e cultural, consubstanciado verdadeiro patrimônio nacional protegido constitucionalmente. Da mesma forma, ensina Brandão (2013, p. 96) que a nova Constituição dispõe que nos centros educativos serão respeitos a espiritualidade dos povos indígenas, bem como estipula dever da educação superior em levar em conta os saberes universais e o conhecimento

coletivo dos povos indígenas, inclusive no que tange à perpetuação dos diversos dialetos.

Interessante salientar, nesse mister de bem compreender o que de fato significa a refundação de um Estado sob bases pluriculturais, o conteúdo epistêmico do artigo 8º da Constituição boliviana que afirma serem princípios éticos-morais da sociedade boliviana a *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não seja preguiçoso, não seja mentiroso, não seja ladrão), *suma qamaña* (viver bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre).

A inserção a nível constitucional de dialeto indígena é fato totalmente incompatível com os baluartes do Estado Constitucional Moderno, o que parece indicar, num primeiro momento, que o fenômeno estudado trata-se, de fato, de um novo momento constitucional.

Os dialetos indígenas, diferente do que ocorre na Constituição venezuelana, são elevados, aqui, à qualidade de idioma oficial, nos termos do artigo 5º da Carta boliviana.

Deve-se mencionar que, não obstante o fato da Justiça boliviana ter como órgão central o Tribunal Constitucional Pluricultural, que inclusive possui composição mista, é estabelecido constitucionalmente a equivalência entre a justiça ordinária e as diversas formas de solução de conflitos de origem indígena²⁵.

Dessa forma, cada comunidade indígena pode constituir seu próprio tribunal, com juízes eleitos entre os moradores e cuja decisão possui o condão de fazer coisa julgada material, vale dizer, a matéria não pode ser rediscutida na justiça comum.

Mais recentemente, ao decidir uma questão de competência, o Tribunal Constitucional Pluricultural boliviano fundamentou o acórdão em critérios culturais e antropológicos, estabelecendo bases jurídicas distintas entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena, de modo que se deu passo à frente na consolidação de um modelo de jurisdição multifacetado, comunitário, sem hierarquia e balizado na proteção aos direitos humanos e à plurinacionalidade dos povos.

²⁵ Artículo 189 I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces. La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Tercera; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión, resuelve: APROBAR en parte la Resolución 01/2012 de 27 de enero, cursante a fs. 40 a 41, pronunciada por el Juez Segundo de Instrucción en lo Penal del departamento de Chuquisaca; y en consecuencia, determina: 1º CONCEDER la tutela solicitada, respecto a todos los derechos denunciados como lesivos, disponiendo el cese de todo acto contrario al paradigma del vivir bien desarrollado en la presente Sentencia. 2º ORDENAR a la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, en coordinación con Secretaría General, proceder a la traducción de la presente Sentencia al quechua y aymara, idiomas utilizados por el pueblo indígena originario campesino de Poroma de acuerdo al informe pericial cursante en antecedentes. 3º ORDENAR a la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, la socialización de la presente Sentencia en el pueblo indígena originario campesino de Poroma. 4º ORDENAR a Secretaría General del Tribunal Constitucional Plurinacional, la difusión del presente fallo por plasmar un entendimiento fundante en cuanto a los roles del control plural de constitucionalidad en relación a decisiones de la Justicia Indígena originario campesina (BOLÍVIA., Decisão: 1422/2012 do Tribunal Constitucional Plurinacional. Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños).

Avançando nas indagações epistemológicas, Moncayo (2013, p. 156) arvora o entendimento de que a Carta boliviana inaugurou o dito constitucionalismo plurinacional na medida em que *“es claro que uno de los aportes centrales del proceso boliviano es haber colocado en primer plano la noción de plurinacionalidad.”* Assim, tem-se uma verdadeira releitura e rearquitectura estatal com a superação do Estado nacional monocultural.

Essa nova epistemologia, afirma o autor (2013, p. 157) é sustentada em duas grandes dimensões: pela concessão de direitos aos povos indígenas autônomos ao território, à terra e aos recursos naturais, e o segundo aspecto, que se refere à representação direta da população nos poderes públicos (*cogobierno*).

Nesse afã, o refundado Estado boliviano se consolidou na forma de um *“régimen de autonomía y descentralización”*, en el cual caben las fórmulas tradicionales de departamentos y municipios junto con las territorialidades indígenas originario-campesino” (MONCAYO, 2013, p. 158).

Malgrado os desafios em implementar as políticas de inclusão contidas na Constituição boliviana, é certo que se tratam- de modificações consistentes no que concerne à busca pela construção de um Estado pluricultural e mais democrático, fundado no respeito às diferenças étnico-culturais.

Como se verá a seguir, muito do processo de reconstitucionalização da Bolívia possui pontos comuns com o que ocorreu na Equador.

2.2.4 O caso do Equador: o resgate à *pacha mama* e ao *sumak kawsay*

A reconstrução constitucional ocorrida no Equador decorre de mais uma década de movimentos sociais indígenas, que vinham como resposta ao período colonial de exclusão e marginalização.

É nesse jaez que Fernández (2014, p. 273) aponta os elementos que legitimaram a busca por uma reforma política. São eles: i) o sistema estatal uninacional e monocultural, que não refletia as relações sociais da época; ii) o sistema neocolonialista de exclusão que tinha como parâmetro a descon sideração jurídica do povo indígena e demais minorias; iii) o sistema capitalista extrativista, fundado na exploração do homem e do campo; iv) o sistema de ensino, que criava indivíduos acríticos e submissos; v) o sistema social racista, que caracterizou-se pela criação de estereótipos; vi) o sistema de família patriarcal, no qual não eram concedidos direitos à mulher e; vii) por fim, a teoria político-jurídica importada da Europa, cuja realidade não coincide com as sociedades multiculturais.

Embebido pelo sentimento de multiculturalismo e pluri etnicidade, o povo do Equador aprovou em 2008, por meio de referendo, uma nova Carta constitucional, no afã de refundar sua arquitetura estatal²⁶.

A proposta constitucional consistiu em dar início à construção de um novo paradigma político, modificando substancialmente as formas de organização social, política e econômica e, com isso, escapando dos pilares do neocolonialismo (FÉRNANDEZ, 2014, p. 274).

A Constituição equatoriana destacou-se por, além de tutelar de maneira mais ampla as cosmovisões indígenas, ter trazido ínsita em seu texto a visão biocêntrica. Vale dizer, fala-se na natureza como sujeito de direitos.

Tal fica evidente quando da leitura de seu artigo 71, *in verbis*:

²⁶ Nós, o povo soberano do Equador; Reconhecendo nossas raízes milenares forjadas por mulheres e homens de distintos povos, Celebrando a natureza, a *Pacha Mama*, do qual somos parte e que é vital para a nossa existência[...]; Apelando à sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade, Como herdeiros das lutas sociais de liberação frente a todas as formas de dominação e colonialismo [...]; Decidimos construir: Uma nova forma de convivência cidadã. Em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o *Buen Vivir*, o *Sumak Kawsay*. (CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR, 2008)

Art. 71. A natureza ou *Pacha Mama*, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.

O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.

Echeverria (2011, p. 104) comenta os reflexos dos comandos contidos na nova Constituição do Equador. Para o autor, a nova Carta constitucional ratifica e sistematiza a importante evolução normativa no que tange à questão ambiental. Mais que isso, amplia a tutela constitucional no sentido de reconhecer e garantir os direitos da natureza, destacando-se por ser a primeira Constituição do mundo a fazê-lo.

Dispõe que a “*vigência del Estado constitucional de derechos y de justicia plantea un modelo garantista de los derechos ambientales de las personas y de la población; y, desde el año 2008, también de los derechos de la naturaleza*” (ECHEVERRIA, 2011, p. 104).

É nessa construção acerca de um constitucionalismo verde, que vêm a lume os princípios da *Pacha Mama* e *Sumak Kawsay*, norteadores desse novo pensamento político.

Acerca da *Pacha Mama* (deusa terra), Ferreira (2013, p. 408) destaca que sua positivação no texto constitucional do Equador representa o reconhecimento pelo direito positivo da plurinacionalidade e interculturalidade, na medida em que se passa a refutar a busca por um “desenvolvimento fundado no antropocentrismo radical e no crescimento econômico a qualquer custo. A humanidade deve ser colocada nos braços de *Pacha Mama*, se integrar a ela, para promover os direitos da natureza” (FERREIRA, 2013, p. 408.) E nesse cenário, os povos indígenas são protagonistas na luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza.

No que concerne à positivação do *Sumak Kawsay*, Tortosa (2009, p. 5). explana que essa inovação do texto constitucional equatoriano vem para cumprir dois objetivos: ao passo em que dá destaque à visão de mundo olvidada no processo de colonização e construção de identidade social; reassegura o comprometimento com o desenvolvimento sustentável, reconhecendo os equívocos do capitalismo desenfreado.

A nova Constituição do Equador, assim como as previamente estudadas, com destaque para a Carta boliviana, rompeu com a lógica individualista que imperava até então nas teorias constitucionais ao implantarem a necessidade de se tutelar as cosmovisões indígenas e os direitos da natureza, enxergando a sociedade a partir de diversas realidades periféricas. Esses transplantes constitucionais ficam extremamente claros com a positivação da *Pacha Mama* e do *Sumak Kawsay* (GARGARELLA, 2009, p. 5; 2011, p. 300).

Imperioso destacar a lição de Brandão (2013, p. 99), para quem a Constituição do Equador mostra-se seriamente comprometida com o projeto de transformação da sociedade e, nesse processo, insere elementos novos à teoria constitucional.

Vem a lume a reconstrução que ocorreu no Equador com a incorporação das cosmovisões indígenas que, ao mesmo tempo, desconstrói o ideal de Estado monocultural, tão presente no Direito e na sociedade moderna. Antes de mais nada, afirma o autor (BRANDÃO, 2013, p. 100), as modificações que tomaram conta do Equador “acabam por simbolizar a força daqueles que foram invisibilizados pela história e pelo Direito.”

Santos (2012) obtempera que representou a Constituição equatoriana importante passo rumo ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, mantendo sua identidade, inclusive no que diz respeito à conservação e ao desenvolvimento de seus saberes, aqui tratados como propriedade intelectual e, além disso, patrimônio cultural.

Ainda acerca dos princípios norteadores da refundação do Estado equatoriano, tem-se que tal recebe aporte na jurisprudência. Prova do exposto é a publicação do acórdão referente ao processo nº 0072-14 CN²⁷, no qual o Pleno do Tribunal Constitucional decidiu que, em se tratando de questões indígenas, o Código Penal merece uma interpretação intercultural. Vem a lume, aqui, o multiculturalismo não como simples mandado de otimização, mas como suporte hermenêutico.

²⁷ *En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente: SENTENCIA: 1. Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana. 2. Declarar que em el caso concreto la aplicación del artículo innumeraod inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, com el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales. (EQUADOR. Caso nº. 0072-14-CN. Corte Constitucional del Ecuador.)*

2.3 SIMILITUDES E CONVERGÊNCIAS: CABE PENSAR EM UM NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO?

Tendo compreendido a mudança da geografia política ocorrida nos países da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, cumpre analisar suas similitudes e pontos de convergência, a fim de questionar se cabe falar em um novo movimento constitucional ou, como o dizem seus defensores (SANTOS, 2009) em um novo constitucionalismo latino-americano.

Nesse mister, o primeiro ponto a ser enfrentado diz respeito à tese de que toda essa desconstrução/reconstrução político-constitucional vem no afã de descolonizar o Direito na América Latina.

Conforme entendimento de Quijano (2005, p. 228), a constituição da América Latina, num momento de formação de um emergente capitalismo, deu-se com base numa relação de sujeição de poder para com os centros hegemônicos localizados sobre o Atlântico.

“Em pouco tempo, com a América Latina, o capitalismo torna-se mundial, concentrado, e a colonialidade e a modernidade instalando-se associadas como eixos constitutivos do seu específico padrão de poder, até hoje”, afirma Quijano (2005, p. 230).

Dessa forma, o Direito na América Latina continuou a refletir o padrão de poder da sociedade europeia, ignorando a formação de novas identidades culturais típicas da colonialidade – índios, negros, mestiços...

É nesse cenário que Quijano (2005, p. 75) aponta a consolidação de um conhecimento tipicamente eurocêntrico, como característica cultural da modernidade, na medida em que foi ignorado qualquer visão que não refletisse as linhas matrizes da perspectiva cognitiva europeia.

Essa construção de conhecimento por meio do paulatino evoluir da experiência social é o que Santos (2009, p. 9) denomina de epistemologia.

Os vários rostos da América latina, nesse cenário, ficaram à margem da consolidação das novas entidades culturais que surgiam, pelo sistema capitalista e pelo ordenamento jurídico e, nesse sentido, disserta Zaffaroni (1991, p. 168):

A inferioridade da nossa região marginal foi sintetizada com clareza por Hegel na versão germânica do etnocentrismo colonialista quando, na sua

interpretação da história, deixou de lado, à medida que ascendia o Geist, todas as culturas convergentes em nossa região marginal.

O processo de institucionalização pelo qual passou o período da Modernidade é criticado, nessa toada, por Silva Filho (2008, p. 269), uma vez que legitimou por meio da codificação do Direito e solidificação da ordem jurídica da época uma violação física e também cultural, na qual se negava a identidade do “outro”.

Segundo ainda posicionamento defendido por Silva Filho (2008, p. 272), “toda a violência derramada na América Latina era, na verdade, um ‘benefício’ ou, antes um ‘sacrifício necessário’”. Dessa forma, puniam-se os negros e índios por “serem inferiores” ou por recusarem “o modo civilizado de vida” sustentada pelo colonizador.

Há, portanto, uma virada epistemológica, uma vez que se negou os momentos constitucionais vigentes (epistemologia dominante) e buscou-se uma transformação desse hiper-contexto científico que pretendia-se ser universalista.

Nesse sentido é que se refuta o epistemicídio neoliberal²⁸ e parte-se rumo à construção/reinvenção de uma epistemologia do Sul, que abarcasse as peculiaridades culturais comuns às diversas realidades sociais encontradas na América Latina (SANTOS, 2009, p. 10).

Com efeito, Nanni (1998, p. 12) leciona que foi o processo de descolonização – embebido pela filosofia da libertação²⁹ -, aliado a outras transformações históricas, que conduziram a maioria dos povos anteriormente dominados a recuperar sua soberania, de forma que se passou a reconhecer, no plano jurídico, o direito fundamental de todos os grupos humanos à identidade cultural.

²⁸ Sabemos que os temos agora são outros, que as conquistas sociais alcançadas estão sendo devastadas pela avalanche neoliberal no mundo inteiro, que a destituição dos direitos também significa a erosão das mediações políticas entre o mundo trabalho e as esferas públicas e que estas, por isso mesmas, se descaracterizam como esferas de explicitação de conflitos e dissensos, de representação e negociação (coisa, aliás, que não acontece assim de repente, mas que carrega as complicações histórica dos últimos tempos); e que é por via desta destituição e dessa erosão de direitos e das esferas de representação que se constrói esse consenso – que nos dias que correm, ganha corações e mentes – de que o mercado é o único e exclusivo princípio estruturador da sociedade e da política, que diante de seus imperativos nada há a fazer a não ser administrar tecnicamente suas exigências, que a sociedade deve a ele se ajustar e que os indivíduos, agora desvencilhados das proteções tuteladores dos direitos, podem finalmente provar suas energias e capacidades empreendedoras (Telles, 1999, p. 85-86).

²⁹ Sem querer me arrogar o direito de representar um movimento amplo, a Filosofia da Libertação, que eu ponho em prática desde 1969, toma como ponto de partida uma realidade regional própria: a pobreza crescente da maioria da população latino-americana; a vigência de um capitalismo dependente, que transfere valores para o capitalismo central, a tomada de consciência da impossibilidade de uma filosofia autônoma dentro dessas circunstâncias; a existência de tipos de opressão que estão a exigir não apenas uma filosofia da “liberdade”, mas uma filosofia da “libertação” (DUSSEL, 1995, p. 45-46).

Trazendo esses conflitos epistêmicos para a América latina, tem-se que a perspectiva racional eurocêntrica, hegemônica e universalizante conseguiu se estabelecer até o início da segunda metade do Século XX, quando, então passou a ser questionada via movimentos sociais (LIXA, 2010, p. 5731).

Está-se frente ao produto de uma antítese – a epistemologia emancipadora -, possível apenas quando se aceita a tese de superação de Estado uno, tal qual idealizado por Schmitt³⁰.

Nesse jaez, tem-se que o novo paradigma constitucional ora em apreço, vem como uma resposta tardia para uma política de colonização e desconstrução de identidade, praticada desenfreadamente pelo ‘colonizador’ europeu.

Essa tentativa de hegemonizar ou universalizar as diversas culturas existentes compôs, na verdade, parte de um plano maior de construir um modelo de Estado nos moldes do Estado europeu uno.

Com efeito, o Estado Constitucional Moderno de Schmitt (1998), fundamentado no constitucionalismo eurocêntrico se institucionaliza quando cria barreiras, fecha suas fronteiras e separa, de modo analítico, amigos de inimigos. Nesse cenário, “inimigos” são todos aqueles que são diferentes. Ora, tal teoria nunca poderia prosperar em se tratando dos Estados componentes da América Latina, porquanto é a diferença – de etnia, cultura, etc. – característica marcante desses povos.

E por isso mesmo é que se diz que no novo paradigma pretendido com as modificações nas cartas políticas da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador buscou-se superar o antigo sistema colonial e, com isso, trazer à tona setores há séculos marginalizados.

Ilustra com clareza o quadro de descolonização o fato já analisado isoladamente dos países em análise incluírem em suas cartas constitucionais referências à refundação de Estados pluriétnicos ou pluriculturais.

³⁰ O princípio da identidade parte do pressuposto de que não existe nenhum Estado sem povo. Esse princípio é tanto mais presente em uma forma política quanto mais o povo, entendido como “sujeito de toda determinação conceitual do Estado” seja capaz de atuação política em virtude de uma homogeneidade forte e consciente. [...]. A identidade, contudo, requer diferença. Por um lado, uma democracia tem que conceber todos os homens como sendo iguais, a partir de um determinado núcleo de identificação, como ideias de raça e de fé comuns, de destino e tradições comuns. Mas por outro lado, a igualdade interna tem como contraposição uma desigualdade que no mais das vezes lhe é externa [...] Para Schmitt, um povo somente existe quando ele pode determinar autonomamente, existencialmente, quem é amigo e quem é inimigo (MAIA, 2007, p. 211).

Essa busca por se firmar como sociedades não mais homogêneas se vê latente nas Constituições da Venezuela – *“el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado”* (preâmbulo da Constituição Bolivariana da Venezuela) , do Equador - *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.* (Artigo 1º da Constituição do Equador) da Bolívia - *“Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”* (artigo 1º da Constituição Política do Estado de Bolívia – e da Colômbia - *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista* (artigo 1º da Constituição Política de Colômbia).

A menção ao caráter plurinacional representa a ideia de construção de nações identificadas com os interesses dos diversos grupos historicamente suprimidos, no sentido de que *“la plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertinencia común a una etnia, cultura o religión”* (SANTOS, 2010, p. 97).

Conforme lição de Santos (2010, p. 97) o plurinacionalismo tem como epicentro o reconhecimento dos direitos coletivos dos diversos grupos sociais em situações as quais os direitos individuais positivados se manifestam ineficazes no que se refere à tutela jurídica de sua identidade cultural. Nesse prisma, resta evidente que esse novo momento constitucional proposto – cuja existência está a ser confirmada/refutada – tem como sustentáculo a releitura dos direitos fundamentais.

Com efeito, a reconstrução constitucional proposta nesses países é balizada especialmente na certeza de se consubstanciarem como países multiculturais e, justamente multiculturalismo, na lição de Touraine (2006, p. 169) representa a novidade de grupos definidos em termos de nação, etnia ou religião e que, até certo tempo, só tinham existência na esfera privada e que adquirem agora existência pública, às vezes forte o suficiente para que se passe a questionar o seu enquadramento em determinada sociedade nacional.

Essa definição de multiculturalismo ou nação multicultural proposta por Touraine (2006) deve ser interpretada conjuntamente com a teoria discursiva de Alexy (2013), para quem a existência dos direitos fundamentais se justifica em sua

necessidade, e em nada mais. É nesse espeque que o reconhecimento das muitas culturas existentes num mesmo cenário repousa como direito fundamental.

Ademais, os saberes indígenas passaram a constituir parte relevante do conhecimento dessas nações, daí porque cabível pensar em um giro epistemológico rumo ao Sul (SANTOS, 2010).

Conforme se viu, as tradições indígenas foram respeitadas na medida em que são consideradas – nas constituições e em sedimentada jurisprudência - suficientes para inclusive fundamentar decisões judiciais.

A descolonização emancipatória é elemento comum aos Estados refundados da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, fato que se comprova com a preocupação, no período de elaboração das novas Cartas constitucionais, com a tutela jurídica das cosmovisões indígenas e com as redefinições epistêmicas de soberania.

Acerca do primeiro ponto, pode-se perceber que as novas Constituições estabeleceram extenso rol de direitos fundamentais às comunidades indígenas, com o fim de preservar sua identidade cultural, fato que sob a ótica internacional já vinha sido reforçada com a Convenção 169 da OIT³¹ e, de forma mais recente, com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2007³².

³¹ A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada por quinze Estados da América Latina e Caribe, é o marco internacional de tutela dos direitos dos indígenas, estabelecendo uma nova ordem mundial de regulamentação das questões indígenas. Dentre outras medidas, a Convenção 169 da OIT prevê o dever do governo em consultar os povos interessados sempre que adotem medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los. Desta feita, destaca-se os artigos 2 e 5 do presente tratado: Artigo 2: “1. Os governos terão a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática para proteger seus direitos e garantir respeito à sua integridade. 2. Essa ação incluirá medidas para: a) garantir que os membros desses povos se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades previstos na legislação nacional para os demais cidadãos; b) promover a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes e tradições e suas instituições.” e artigo 5: Na aplicação das disposições da presente Convenção: a) os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais desses povos deverão ser reconhecidos e a natureza dos problemas que enfrentam, como grupo ou como indivíduo, deverá ser devidamente tomada em consideração; b) a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos deverá ser respeitada; c) Políticas para mitigar as dificuldades enfrentadas por esses povos, diante das novas condições de vida e trabalho, deverão ser adotadas.” Os países latino-americanos signatários da Convenção 169 da OIT são Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela.

³² Em setembro de 2007, também, foi aprovada em Assembleia Geral da ONU, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que trouxe, em matéria específica dos direitos coletivos desses povos indígenas, algumas orientações que apontam para a tendência a um Pluralismo Independente em seu benefício. Primeiro, porque os indígenas foram considerados como “povos” e também como “nações indígenas” (art. 9º) (algo inédito, até então), e não como grupos ou denominação similar que os colocava em posição inferior às nações estatais. Em segundo lugar, porque o direito à autodeterminação foi expresso (art. 3º) e garantido em termos (1) de auto-governo

Tal cambio paradigmático reflete uma modificação maior, de cunho finalístico do próprio Estado. Explana Tapia (2007, p. 5):

Si se concibe que el estado es un conjunto de relaciones sociales, y no sólo un conjunto de instituciones en el sentido de un conjunto de normas y aparatos de administración del monopolio del poder, se pueden distinguir varias tendencias de cambio que se han desplegado en estos años.

No que concerne aos aspectos referentes à soberania, Burckhart (2013, p. 1014) arvora o entendimento de que esta é transmitida para o povo por meio de contestação, ou veja, via revoluções, movimentos sociais, nos quais se discute a participação popular na política.

Tal, como visto, é o que ocorreu nas últimas Constituições dos países objeto de análise, e, como consequência dessa rediscussão em torno de exercício de soberania e legitimidade, superou-se a concepção montesquieana de tripartição de poderes,³³ conferindo maior participação do povo nos atos do Estado.

Assim, surgiu na Venezuela o *poder ciudadano*, na Bolívia o controle social e no Equador o quinto poder, todos com o mister de contribuir com a fiscalização da atuação do Estado, bem como para com a implementação de políticas públicas.

Outra característica comum diz respeito à necessidade vista por vezes de, na produção legislativa, observar-se o procedimento de referendo, corolário da participação do povo no Estado contemporâneo (BURCKHART, 2013, p. 1015).

nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais e nos meios para financiar suas funções autônoma (art. 4º); (2) de reforço das instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais destes grupos (art. 5º), sem, no entanto, os manter em isolamento em relação aos direitos e instituições nacionais, e ainda; (3) em termos do direito à territorialidade indígena (arts. 7º e 10) e de participação nos processos de demarcação e de soluções de conflitos envolvendo suas terras (ALBERNAZ; MARQUES, 2010, p. 7050).

³³ Nos Estados despóticos, o próprio príncipe pode julgar. Não o pode nas monarquias: a constituição seria destruída, os poderes intermediários dependentes varridos: ver-se-ia o fim de todas as formalidades dos julgamentos; o temor tomaria todos os espíritos; ver-se-ia a palidez em todos os rostos; não mais confiança, não mais honra, não mais amor, não mais segurança, não mais monarquia. Eis aqui, outras reflexões. Nos Estados monárquicos, o príncipe é a parte que persegue os acusados e faz com que sejam castigados ou absolvidos; se ele próprio julgasse, seria juiz e parte (MONTESQUIEU, 2005, p. 39). Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. Entre os turcos, onde estes três poderes estão reunidos na pessoa do sultão, reina um horrível despotismo. Nas repúblicas da Itália, onde estes três poderes estão reunidos, se encontra menos liberdade do que em nossas monarquias. Assim, o governo precisa, para se manter, de meios tão violentos quanto o governo dos turcos; prova disto são os inquisidores de Estado e o tronco onde qualquer delator pode, a qualquer momento, lançar um bilhete, com sua acusação (MONTESQUIEU, 2005, p. 75).

Conforme restou amplamente demonstrado, as novas arquiteturas constitucionais e, principalmente, suas filosofias, compartilham de similitudes e pontos de convergência suficientes para que se possa admitir a existência de um novo momento constitucional, o qual seus defensores – Brandão (2013), Santos (2010), Wolkmer (2011), dentre outros - denominam de novo constitucionalismo latino-americano.

Aceitando a tese de existência do novo constitucionalismo latino-americano, cabe, no próximo capítulo, enfrentar questões tais como se seu advento dá-se na forma de superação paradigmática ou de condição de perpetuação do neoconstitucionalismo; se cabe falar em novo constitucionalismo latino-americano no Estado brasileiro; e qual seu diferencial no que tange à tutela dos direitos fundamentais.

3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os capítulos 1 e 2 dedicaram-se ao estudo da evolução das teorias constitucionais e a questionar a existência de um novo constitucionalismo latino-americano.

Constatada a realidade de um novo constitucionalismo latino-americano, deve-se, por meio da hermenêutica constitucional³⁴, indagar os seus reflexos,

³⁴ Acerca do método jurídico-filosófico adotado, cumpre tecer um breve comentário acerca da hermenêutica constitucional. Hermenêutica constitucional representa o modo de interpretar a norma jurídica conforme a Constituição ou, vale dizer, de maneira a atingir a máxima dos valores contidos nas Cartas constitucionais, resguardando seus valores e refundando entendimentos que vão de encontro ao seu texto. Conforme lição de Barroso (2009, p. 111) “A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade”. Na mesma linha, Herkenhoff (*apud* GOMES, 2008, p 28) conceitua a hermenêutica constitucional como espécie da hermenêutica e, esta, por sua vez, consiste no “estudo do compreender. Compreender significa compreender a significação do mundo. [...] Pode-se interpretar o mundo como linguagem, que é o que interessa ao hermeneuta” No mesmo diapasão, “Entre as finalidades da interpretação, estão o cumprimento da Constituição e a atualização histórica de conceitos constitucionais. As normas constitucionais são empíricas e abstratas. E encontram plena efetividade mesmo quando não incidem em casos concretos, mas disciplinam, por exemplo, a atividade legiferante como um todo e as competências dos órgãos estatais (BASTOS, 1999, p. 90-91). Imperioso destacar a lição de Häberle acerca da determinação das bases que constituem a hermenêutica constitucional. Afirma (2002, p. 15-16): Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive nesse contexto, é indireta ou, até mesmo diretamente, uma intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. Aqui não se cuida apenas da práxis estatal (por exemplo, a interpretação do art. 54 e seguintes da Lei Fundamental pelo Presidente da República ou do artigo 65 pelo Primeiro-Ministro)(NT1). Em se tratando de muitos direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção daquele direito. Dessa forma, a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do art. 4º, nº1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião. Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (art. 5º, III, CF). Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito “aberto de ciência”, deve ser co-interpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma, deve-se indagar como os direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico. Em um sentido mais amplo, poder-se-ia introduzir aqui uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária (art. 21 e 38), a doutrina da formação profissional, a adoção de um conceito amplo de liberdade de imprensa ou de sua “atividade pública” (*öffentliche Aufgabe*) ou da interpretação da chamada liberdade de liberdade da coalização (art. 9º, nº.3), desde que considere a concepção de coalização. A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num “elemento subjetivo dos direitos fundamentais” (*grundrechtliches Sachelement*). Atualmente, a hermenêutica constitucional deve ser compreendida de forma a compatibilizar com a teoria alexyana (ALEXY, 2013) no que tange à aplicação/refutação de direitos

especialmente no que concerne à relação epistêmica com o neoconstitucionalismo e, por fim, ponderar se essa virada linguística no direito latino-americano implica numa consagração de direitos fundamentais.

3.1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O NEOCONSTITUCIONALISMO: SUPERAÇÃO OU CONDIÇÃO DE PERPETUAÇÃO?

Aqui, pretende-se compreender a relação epistêmica existente entre dois momentos constitucionais distintos: o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano.

Desta feita, na medida em que se fala em novo constitucionalismo latino-americano, deve-se questionar se existem razões suficientes que justifiquem a necessidade de construção de uma nova teoria constitucional e, da mesma forma, indagar se esse movimento linguístico representa a superação do paradigma instituído pelo neoconstitucionalismo ou se vem como sua condição de perpetuação.

Destarte, contudo, analisar-se-á se configura o novo constitucionalismo latino-americano novo paradigma à luz das teorias constitucionais.

Para tanto, incute analisar a conceituação em torno de paradigmas da ciência, com o fim de confirmar/refutar a tese de que se trata o novo constitucionalismo latino-americano de novo paradigma constitucional.

Paradigma, aqui, será compreendido consoante o obra *A estrutura das revoluções científicas* de Thomas Kuhn (1998).

Nos termos da metodologia desenvolvida por Kuhn (1998), o progresso da ciência consiste na prática dos cientistas em utilizar o conhecimento tradicional – construído com o paulatino desenvolvimento - para resolver os problemas suscitados. Dessa forma, a ciência é norteada por um paradigma, que funciona

fundamentais. Com efeito, uma vez conferido aos direitos fundamentais natureza axiológica – ou deontológica? – propõe-se um caráter qualitativo dualista. Dito de outra forma, de maneira diversa do que ocorre com as possibilidades jurídicas de aplicação de uma norma – aplicação *all-or-nothing* – os direitos fundamentais, por se configurarem como mandamentos de otimização e, portanto, abrigarem relativa abstração, no campo jurídico-fático, devem ser aplicados mediante uma hermenêutica de sopesamento. Vale dizer, os princípios, por se prostrarem no ordenamento jurídico como estruturas abertas, aceitam ser ponderados e compatibilizados no caso concreto. Daí porque dizer da discricionariedade epistêmica no que tange à aplicação dos direitos fundamentais como escopo da hermenêutica constitucional.

como “solução de charadas” (NOJIRI, 2012, p. 119), coordenando toda a atividade científica.

Todavia, havendo demasiado fracasso na solução de problemas, pode-se “atingir um grau de atividade que constitua uma crise séria para o paradigma. Nessa hipótese, pode até mesmo conduzir a sua rejeição e sua posterior substituição por uma alternativa incompatível com a anterior” (NOJIRI, 2012, p. 119).

Sobre a reinvenção da ciência por meio da construção de novos paradigmas, obtempera Nojiri (2012, p. 117) que o novo paradigma epistêmico surge quando comprovado a falsificabilidade do paradigma anterior. Vale dizer, quando este refuta, nega a validade científica daquele.

A superação de paradigmas, nesse cenário, ocorre apenas quando surge uma revolução epistemológica que rivalize diretamente com o modelo científico anteriormente adotado.

Desta forma, é lícito pensar na virada linguística do neoconstitucionalismo como superação ao positivismo, na medida em que a ciência jurídica pós-1948 passou a negar o modo de subsunção pura da lei, fundada na dogmática.

Com efeito, “a superação do positivismo implica abandono do modelo em que as regras ocupam o centro do ordenamento jurídico” (SILVA, 2013, p. 282), marcando o advento do neoconstitucionalismo como o início da busca por uma função antropológica do Direito.

De forma diversa, o novo constitucionalismo latino-americano não nega o neoconstitucionalismo, configurando-se como “teoria rival, diferente e incompatível com a teoria anterior” (NOJIRI, 2012, p. 119), mas, noutro giro, vem como forma de somar às conquistas epistemológicas do antigo momento constitucional, apresentando melhoras nos pontos que aquele foi omissos.

A aceitação da condição do novo constitucionalismo latino-americano como condição de perpetuação do neoconstitucionalismo mostra-se a escolha mais acertada na medida em que os baluartes deste – a aproximação epistêmica entre Direito e Moral; a discussão em torno dos direitos fundamentais como comandos principiológicos, a supremacia da Constituição, a necessidade de se interpretar conforme a Constituição; e o princípio democrático - não se opõem de sobremaneira à filosofia daquele.

No mesmo diapasão, os ideais contidos no novo constitucionalismo latino-americano não refutam o neoconstitucionalismo, mas buscam complementá-lo naquilo em que for necessário.

Nesse aspecto, o ponto chave de distinção do novo momento constitucional que se presencia é a busca pela epistemologia do Sul como manifestação de resposta aos desafios da pós-modernidade.

Nesse ponto, o neoconstitucionalismo é criticado na medida em que não apresentou resposta satisfatória à questão dos direitos fundamentais, principalmente nos países da América Latina, justamente por ter estruturado seus baluartes numa realidade monocultural³⁵ aos moldes da sociedade europeia.

Ao tutelar os direitos fundamentais, o novo constitucionalismo latino-americano resgata o ideal de pluralismo epistemológico, e aí reside a maior divergência com os mecanismos de hegemonia ideológica europeia sustentados pelo neoconstitucionalismo.

Esse contraponto epistemológico é melhor explicado por Magalhães (2010, p. 121), para quem as teorias constitucionais clássicas – constitucionalismo liberal, social e neoconstitucionalismo – fundavam-se na defesa de uma história linear, o que justificava a “missão civilizatória” que se propunham os colonizadores.

Desta feita, Magalhães (2010, p. 122) ensina:

A ideia de que os povos e suas culturas se encontram em estágios distintos de evolução resultou na compreensão de que a cultura mais desenvolvida (obviamente a que tem mais poder militar e econômico para dizê-lo), ao intervir em outras culturas está levando desenvolvimento e avanços civilizacionais.

Nesse contexto, Estado e o Direito moderno atuam legitimando a centralização de poder, a uniformização, “estandardização”, e com isso reproduzindo sistemas jurídicos hegemônicos, que repetem o mito da superioridade étnica, econômica e política de um grupo sobre os demais, o que pode ser observado no direito comunitário (União Europeia alemã) e no direito internacional (europeu).

Em revide à exterminação de povos e culturas, formas de viver e de pensar que até hoje ocorre, vem a lume o novo constitucionalismo latino-americano.

³⁵ A análise monocultural aparece assim como infinitamente mais simples e tranquilizadora. Ela garante que a verdade existe, que é possível conhecê-la, que existe uma solução para cada problema e que é a ciência quem dará tal solução (SEMPRINI, 1999, p. 89).

Nessa toada, o neoconstitucionalismo encerra em seu conceito a legitimação jurídica de imposição de um *modus vivendi* do Estado nacional, o que, conforme lição de Silva (2013, p. 12) “provoca uma homogeneização a partir do capital, pois quem consome e, portanto, gera riqueza, é o povo, caso contrário, não é visto como pertencente aquele povo, indigno de ser escutado”.

No mesmo sentido, Silva (2013, p. 13) aponta para os fatos de que os Estados nacionais europeus ligaram, de pronto, a homogeneidade cultural como corolário do princípio democrático.

Com efeito, no mister de fundar Estados modernos, buscou-se construir uma identidade nacional, por meio da imposição de valores culturais aos diferentes rostos étnicos que compunham as colônias.³⁶

Reconhece-se, por conseguinte, a crise de correspondência pela qual passa o neoconstitucionalismo (TÁPIA, 2007, p. 48), de maneira que os governos de um Estado não se encontram ligados com os aspectos multiculturais de seu povo, o que acaba por gerar uma desconfiança e questionamento quanto à sua legitimidade democrática.

O Estado que se busca regular não corresponde àquele existente no plano fenomenológico, motivo pelo qual, talvez, aflore a crise de correspondência no seio do neoconstitucionalismo.

Ademais, conforme explana Tápia (2007, p. 48), a crise de correspondência está intimamente ligada às diversas relações entre os poderes, o exercício da política e a diversidade cultural da sociedade, de modo que apenas será legítimo o poder constituído na medida em que corresponda à realidade cultural de seu povo.

Confirmando a tese de que o novo constitucionalismo latino-americano vem como fruto da crise de correspondência que tomou conta do neoconstitucionalismo, Dalmau (2008, p. 23):

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que

³⁶ De forma diferente da Europa, onde foram construídos Estados nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelos Estados, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos povos originários (chamados indígenas pelo invasor europeu), que não existissem: milhões foram mortos. (MAGALHÃES, 2010, p. 16)

transcurren. Algunas sociedades latino-americanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a las élites de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos (grifo do autor).

Com base no exposto, percebe-se com clareza que o novo constitucionalismo latino-americano veio como alternativa aos pontos falhos do neoconstitucionalismo.

Não obstante, há de se destacar que não se trata propriamente de uma ruptura, ou de criação de um novo paradigma constitucional, mas sim de uma releitura do neoconstitucionalismo, principalmente no que tange à tutela dos diversos grupos étnico-culturais.

Pode-se considerar que entre o novo constitucionalismo latino-americano e o neoconstitucionalismo repousa uma relação integrativa, de construção de ciência, por meio da consolidação da ecologia de saberes; aqui não há propriamente uma contrariedade, mas, noutro giro, encontra-se uma complementariedade.

O novo constitucionalismo latino-americano e aqui a repetição é necessária, haja vista não consubstanciar-se em entendimento pacífico³⁷, prostra-se mais como condição de perpetuação das conquistas auferidas pelo neoconstitucionalismo do que como teoria de superação. Dito de outra forma, resgata os pontos positivos do constitucionalismo-pós 1948 e procura adequá-lo às realidades da América Latina.

Nos tópicos a seguir, por meio da utilização da metodologia escolhida, serão respondidas as indagações quanto à possibilidade de consagração dos direitos fundamentais sob a égide do novo constitucionalismo latino-americano e; por fim, se cabe falar em novo constitucionalismo latino-americano no Estado refundado pela Constituição Federal de 1988.

3.2 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O MANTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CONSAGRAÇÃO DE DIREITOS?

³⁷ Noutro sentido, Baldi (2012, p. 10) defende o entendimento de que representa o novo constitucionalismo latino-americano a substituição da continuidade constitucional por meio da ruptura com o sistema anterior (neoconstitucionalismo).

Aqui, discutir-se-á as possibilidades epistêmicas contidas no novo constitucionalismo latino-americano como alternativa ao desafio eficaz dos direitos fundamentais e, de forma especial, os sociais.

Para tanto, analisa-se de forma comparada a tutela jurídica dos direitos fundamentais no Brasil – como parâmetro do neoconstitucionalismo e seus desafios – e as inovações contidas nos ordenamentos da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, como epicentro epistemológico do novo constitucionalismo latino-americano.

Sobre os direitos fundamentais no Brasil, tem-se que a Constituição Federal de 1988 inovou de sobremaneira o ordenamento jurídico ao criar, pela primeira vez na história constitucional brasileira, um rol de direitos e garantias fundamentais que possuísse destaque no texto constitucional.

À luz dessa concepção, Piovesan (2013, p. 220) leciona que:

Considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a Carta de 1988 é de natureza dirigente, inspirada pelos princípios do neoconstitucionalismo e pelo conteúdo axiológico regalado à dignidade da pessoa humana³⁸. Desta feita, natural observar que os direitos fundamentais, nesse contexto, venham ao âmago da tutela constitucional.

É lícito falar que o atual constitucionalismo é o constitucionalismo que vem do passado, sendo certo que, ao abolir a ditadura, e consagrando a democracia, a Constituição Federal de 1988, trouxe ao centro da discussão os direitos fundamentais que haviam sido retirados do cidadão.

Assim, coforme a história constitucional do Brasil verifica-se uma evolução dos direitos, demonstrada com a passagem do Estado de Direito para o Estado

³⁸ É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno. (PIOVESAN, 2004, p. 92-93)

Constitucional (SARMENTO, 2006, p. 51), paralelamente à passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 357) denomina as três dimensões fundamentais dos princípios do Estado de Direito consoante a teoria do neoconstitucionalismo.

Explica que, independentemente das densificações e concretizações do princípio do Estado de Direito, que se encontra implícita ou explicitamente nos textos constitucionais, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: 1) juridicidade; 2) superioridade material da constituição; e 3) direitos fundamentais.

Assim, o texto constitucional consagra os fundamentos do Estado Democrático de Direito, no plano jurídico, devidamente caracterizado como um verdadeiro Estado Constitucional, nascido do projeto histórico construído especialmente a partir da perspectiva liberal das Constituições modernas americana e francesa até o constitucionalismo social (MATTEUCCI, 1998, p. 286).

A primeira menção a direito fundamental inserida pelo constituinte encontra-se no artigo 5º, que arrola os chamados direitos individuais e metaindividuais.

No artigo 6º e seguintes, encontram-se os direitos sociais, característica central do dito Estado Social de Direito, e que, como visto, têm por objetivo a concretização no plano fenomenológico da igualdade material.

Com efeito, parece correto, num primeiro momento, pensar em consagração de direitos sociais com a promulgação da Constituição Federal de 1988 na medida em que o constituinte se atentou à expansão desses direitos sociais, em necessária atenção aos padrões de bem-estar socioeconômicos vigentes.

Nesse diapasão, sob uma ótica de análise da dogmática-jurídica, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a existência dos direitos sociais como direitos fundamentais, o que pode ser visto como um “conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que [...] acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais” (SARLET, 2008, p. 169).

A Constituição Federal de 1988 traz todo um capítulo dedicado aos direitos sociais (capítulo II do título II). Previstos nos artigos 6º a 11, os direitos sociais se configuram como pressupostos de gozo dos direitos individuais, uma vez que propiciam condições fáticas de se alcançar a igualdade material. .

A previsão constitucional acerca dos direitos sociais foi tamanha que estes, doutrinariamente, passaram a se agrupar em seis classes, quais sejam: (a) direitos sociais do trabalhador; (b) direitos sociais de seguridade; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura (d) direitos sociais de moradia (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) e direito social ao meio ambiente. (SILVA, 2011, p. 286)

Os direitos da nacionalidade, que estabelecem o vínculo jurídico-político existente entre os indivíduos e o Estado Federativo estão localizados no artigo 12, e no artigo 14 estão alocados os direitos políticos.

Esses se consubstanciam como “as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade de gozo desses direitos” (PIMENTA BUENO, 1958, p. 458), ao passo que aqueles representam “o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado,” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 352).

Apesar do exposto, sabe-se que os direitos e garantias fundamentais explicitados na Constituição compõe rol exemplificativo, podendo haver outros direitos, derivados do avanço da ordem política e da tecnologia, além daqueles previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil for signatário.

Por conseguinte, o sistema de direitos fundamentais no Brasil é um sistema aberto, o que se percebe na leitura do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.³⁹

Ocorre que todo o arcabouço jurídico construído com a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem como suporte os direitos fundamentais e, de forma mais restrita, os direitos sociais.

A respeito dos direitos fundamentais civis, é certo que a grande inovação trazida pelo novo constitucionalismo latino-americano refere-se à tutela com enfoque multicultural, na medida em que são reconhecidos a liberdade de crença - considerada como patrimônio cultural -, a propriedade, individual e coletiva, dos

³⁹ O ‘sistema de direitos fundamentais’ assim compreendido não é fechado, nem passível de ser concluído pela concretização da Constituição. Ele está decisivamente relacionado ao objetivo de unidade do ordenamento fundamental livremente democrático. Uma ‘unidade’ das estruturas reais da vida social, estruturas essas materialmente determinadas e paralelamente asseguradas pelos direitos fundamentais [...] e também no princípio do Estado de Direito [...] (MÜLLER, 2008, p. 286)

grupos indígenas, o acesso pleno à justiça, com a criação de Justiças indígenas com competência exclusiva em relação à pessoa e autônomas em detrimento à Justiça ordinária.

Como se vê, os mecanismos contidos no novo-constitucionalismo latino-americano em prol da garantia da eficácia dos direitos fundamentais civis vêm no mister de atuar como elemento integrador⁴⁰ – ou nas palavras de Neves (2009), pontes de transição – atingido, assim, a máxima efetividade do metaprincípio da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma que ocorre em *terrae brasillis*, o debate em torno dos direitos sociais na Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador recai em seus desafios eficientes.

Com efeito, o novo constitucionalismo latino-americano traz em seu bojo uma proposta de eficácia fática, existente no plano fenomenológico e, para isso, adota uma série de inovações constitucionais.

Acerca dos direitos sociais, não obstante parte da doutrina refute o entendimento destes como direitos fundamentais⁴¹, há consenso quanto à compreensão de que os direitos sociais podem existir tanto na forma de direitos prestacionais, quanto defensivos (BONAVIDES, 2006).

Sob o prisma de uma análise jurídico-subjetiva, os titulares de um direito social tem a prerrogativa de reclamar do Estado prestações positivas ao tempo em que se veem protegidos de ingerências indevidas por parte do poder público ou até mesmo de particulares (BÖECKENFÖRDE, 1993).

No que tange à eficácia dos direitos sociais, é certo que se tratam de normas programáticas, que se caracterizam por não regular diretamente determinada matéria, mas sim o comportamento estatal acerca da matéria.

⁴⁰ A tendência, e o que se espera, é que os princípios possam coexistir uns com os outros. Entretanto, em determinadas situações, um princípio pode ser abdicado de aplicação quando houver outro com valor fundamental maior que aquele. E conflitos entre valores fundamentais, em culturas diferentes, geram uma complexa atividade para buscar no caso concreto as soluções. Essa dificuldade é aumentada pelas formas diferentes que cada indivíduo, inserido em determinadas culturas, tem de ver a vida. O valor que se dá, por exemplo, a um cachorro é diferente de acordo com a cultura que a pessoa está inserida. Da mesma forma, para a vaca, e para valores mais “fortes” como a vida, a religião e a liberdade. A pergunta é: como sopesar essas diferenças e garantir um mínimo? (BAEZ; WOLF, 2013, p.96).

⁴¹ Atria, na obra “Existem Direitos Sociais?” (2005, p. 40) nega a existência dos direitos sociais. Aduz: “Não há razão para se manter em suspenso resposta à pergunta que dá título a esse artigo. Sustentarei que se a noção de direito é entendida por referência à ideia de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em termos.

Com efeito, normas definidoras de princípios programáticos são aquelas nas quais “o constituinte se limitou em prever e vincular ao Estado atividades futuras, estabelecendo parâmetros de atuação, legislativa e administrativa dos órgãos do Poder constituído” (ALVES; FRANÇA FILHO; PINTAR, 2013, p. 485).

A inclusão no texto constitucional de normas programáticas vem como alicerce do constitucionalismo social, movimento que teve como fim garantir a igualdade material aos menos favorecidos pelo modelo liberal de Estado (BONAVIDES, 2011).

É certo que toda a teoria em torno do conceito de normas programáticas é intimamente conectada ao modelo de Estado Social (BONAVIDES, 2011), uma vez que tendem a justificar a conduta intervencionista do Estado, garantindo o mínimo necessário à sobrevivência digna do indivíduo. Daí por que ser correto afirmar que as normas programáticas possuem função principiológica.

Nesse diapasão, existe entendimento no sentido de as normas programáticas, máxima dos direitos sociais, muitas das vezes refletem mais natureza de expectativa de direito, do que propriamente de direito subjetivo (LOPES, 1994).

Todavia, essa teoria não merece prosperar, uma vez que a judiciabilidade dos direitos sociais é o que justifica movimentos tais como o ativismo judicial que, conforme visto anteriormente, é resposta à crise do Estado Social.

Nessa senda, buscou-se, por meio de normas programáticas, alcançar-se a justiça social voltada à consecução do bem comum, reduzindo as desigualdades sociais por meio da concretização de valores e a realização de políticas públicas.

Acerca da consideração de direitos sociais como normas programáticas, faz-se imperioso a menção à lição de Miranda (1996, p. 245-246), para quem:

Nas Constituições liberais do século XIX, as normas substantivas eram quase todas normas orgânicas e as normas de fundo circunscreviam-se aos direitos, liberdades e garantias. Dominavam, portanto, as normas perceptivas. Nas Constituições com intenções sociais, de diversas inspirações, do século XX as normas de fundo, bem como as normas de garantia, dilatam-se muitíssimo a prever direitos sociais e a organização econômica. Deparam-se então, em largo número, normas programáticas.

Isso posto, pode-se afirmar que os direitos sociais são normas programáticas, na medida em que, ainda que previsto nas Cartas Constitucionais, esse rol de direitos depende da atuação positiva do Estado para que passe a ter aplicabilidade integral, surgindo daí o “constrangimento epistemológico” (STRECK, 2011) no que concerne à natureza de direitos sociais como normas programáticas.

Resta evidente que justamente por se formarem como normas de princípio-fim, os direitos sociais caracterizam-se por não regularem diretamente a matéria, e por isso, vinculam o Estado, dependendo da atuação positiva, seja legislativa ou administrativa para que sejam estabelecidos no plano fático.

Sob a égide do pensamento neoconstitucional, refuta-se a compreensão do Direito como fim em si mesmo ou, pior, do Direito como instrumento de dominação social⁴², e passa-se a enxergar a ciência jurídica como mecanismo constituído no mister de garantir o mínimo necessário à vida digna.

É nesse cenário que a Constituição Federal de 1988 consagrou no âmbito normativo-formal matérias como saúde, educação, cultura, previdência, dentre outros, não obstante, esse rol, que consubstancia os direitos sociais, tenha sua eficácia barrada no plano fenomenológico.

Vale dizer, trazer ao campo fático a máxima eficácia dos direitos sociais sempre foi um desafio, na medida em que, até muito recentemente, sua obrigatoriedade – e judicialidade – ainda era discutida.

O mister do Estado em resguardar os direitos sociais foi matéria de intenso debate, encontrando contraponto na doutrina da Reserva do Possível⁴³, que, em decisão claramente inspirada nos fundamentos do neoconstitucionalismo, foi derrubada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de acórdão paradigmático.⁴⁴

Nesse jaez, são empecilhos à consecução de eficácia plena dos direitos sociais as condições objetivas externas ao campo jurídico, devendo o Direito, funcionando como mecanismo propulsor de modificações sociais, encontrar soluções – ou seriam paradigmas? - à crise apresentada. Nesse sentido, Jorge Neto (2009, p. 19, *apud* SIMÕES, 2012, p. 93):

⁴² O demasiado reducionismo na complexidade e o fechamento operacional pode tornar (ou manter) o Direito como um instrumento de dominação social, fechando-se à inexorável realidade pluralista da sociedade atual e ao seu respectivo clamor pelo acesso a uma “ordem jurídica justa” (LITHOLDO, 2012, p. 200).

⁴³ Explanando a atuação da Corte Constitucional alemã, Sarlet (2008, p. 265) definiu os parâmetros da teoria da reserva que possível ao firmar que “[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

⁴⁴ INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVA DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. (ADPF 45 MC/DF, Relator. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ 04/05/2004.

O Direito, já há algum tempo, não é mais visto como mero instrumento de pacificação de conflitos, assumiu definitivamente o lugar de instrumento de desenvolvimento econômico e social, instrumento de construção da sociedade com base nos valores idealizados e positivados na Constituição.

A crise que acomete os pontos de eficácia dos direitos sociais é justificada por Crorie (2013, p. 33) tendo em vista que a proteção das dimensões positivas de todos os direitos e liberdades reclamam recursos por parte do Poder Público.

Desta feita, não deixa a crise econômica de representar a causa de uma crise de direitos sociais. Conforme explana Crorie (2013, p. 33-4) “nessa medida, é caso para se dizer que todos os direitos fundamentais sofrem as consequências da crise, sejam direitos econômicos, sociais e culturais, sejam direitos, liberdades e garantias.”

O neoconstitucionalismo identifica a necessidade em se garantir os direitos sociais como consequência lógica da interpretação constitucional e encontra como alternativa à questão dos direitos fundamentais o ativismo judicial, que todavia, esbarra nos limites da repartição constitucional de competências⁴⁵.

Por sua vez, embebido dos desafios que movem a sociedade pós-moderna, o novo constitucionalismo latino-americano, primeiro reconhece os direitos sociais aos diversos grupos culturais ao tutelar as cosmovisões indígenas e, de forma mediata, modifica as arquiteturas político-estatais, no fim de possibilitar a participação direta do povo na decisão dos atos de governo e, por conseguinte, no controle e fiscalização da verba pública.

Acerca da tutela jurídica dos direitos sociais, salutar o comentário à lição de Radaelli (2012, p. 3), para quem a Constituição boliviana sistematizou os direitos fundamentais acoplando-os em duas categorias: os fundamentais e os fundamentalíssimos, sendo essa composta pelos direitos sociais, coletivos, os relativos à vida e os ambientais.

⁴⁵ Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da desacaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas. A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. (RAMOS, 2013, p. 117)

Situação diversa ocorre nas Constituições da Venezuela e do Equador, nas quais não utiliza-se termos como direitos fundamentais, individuais ou sociais, justamente para evitar uma hierarquização doutrinária ou jurisprudencial. Nesse sentido, faz-se menção apenas ao reconhecimento de direitos humanos (RADAELLI, 2012, p. 4).

Incute dizer que caracteriza o novo constitucionalismo latino-americano “a conciliação entre direitos individuais e coletivos de modo a garantir distribuição de renda e justiça social” (RADAELLI, 2012, p. 11).

No mesmo diapasão, o reconhecimento dos direitos sociais no novo constitucionalismo latino-americano é embebido pela teoria da vedação ao retrocesso, de modo que, para evitar reformas de cunho neoliberal nos textos constitucionais, restringindo os direitos recém conquistados, as Constituições venezuelana, equatoriana e boliviana adotaram princípio dos direitos progressivos, afastando a possibilidade de retrocesso social.

Radaelli (2012, p. 7) aponta para a adoção nas novas Cartas constitucionais de modelos programáticos e dirigentes, de forma que os Estados estão vinculados à normatividade dos direitos, especialmente os sociais, que são constitucionalizados e passam a depender do desenvolvimento de programas, políticas públicas e orçamento específico.

De forma sintética, inovou o novo constitucionalismo latino-americano ao reconhecer os direitos sociais aos diversos grupos étnicos e a aumentar a possibilidade da população, no exercício pleno dos reflexos da democracia, em fiscalizar os gastos públicos.

Acerca do direito difuso ao meio ambiente, viu-se anteriormente que o novo constitucionalismo latino-americano – e aqui, de forma especial destaca-se a Constituição do Equador – propôs uma evolução epistêmica ao firmar, por primeira vez o dito direito da natureza.

Fala-se, por conseguinte, em direitos socioambientais como ideal conquistado a partir da constitucionalização dos direitos sociais e econômicos e, principalmente, pelo reconhecimento do jusfraterno⁴⁶ como elemento hermenêutico. Segundo Santilli (2005, p. 34):

⁴⁶ Segundo Cunha (2009, p. 81) para que se possa compreender o direito fraterno necessita-se integrar o estudo da Ciência do Direito com as diversas áreas afins, tais como a Sociedade, a Literatura, a Retórica e a conjugação dessas ramificações, com fins a construção de uma

O socioambientalismo foi construído com base na ideia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se com base na concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e equidade. Além disso, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental.

Como visto anteriormente, o novo constitucionalismo latino-americano resgatou os ideais do *Bien Vivir* (*Sumak Kawsay* ou *Suma Qamaña*), com suas variantes positivadas nas novas Constituições do Equador e da Bolívia.

Consentânea lição de Almeida e Nogueira (2012, p. 11), a integração do *bien vivir* nas novas constituições e sua interrelação com a *pacha mama*, apontam para a busca por um novo paradigma no que tange à substituição da individualidade pela coletividade; vem como crítica ao capitalismo e ao neoliberalismo, e propõe uma visão holística do liame homem-natureza, de forma a reforçar o desenvolvimento da descolonização epistemológica.

Nesse espeque, rompe-se com a epistemologia dominante na modernidade, e passa-se a compreender a sociedade como uma soma de “ecologia de saberes” (ALMEIDA; NOGUEIRA, 2012, p. 12).

Como visto, o reconhecimento pelo Direito das cosmovisões indígenas implica na consagração dos direitos individuais, mas, de forma mediata, representa câmbio significativo na tutela metaindividual, na medida em que se reverte a “a lógica da diversidade cultural, étnica e social de visões sobre o meio ambiente e sobre o desenvolvimento, incorporando, contudo, o ideal do *buen vivir*, com a finalidade de mitigar as desigualdades sociais” (ALMEIDA; NOGUEIRA, 2012, p. 12) e também como possível solução ao problema ambiental que se apresenta.

O que se percebe é a necessidade do Direito em reconstruir seus institutos em razão dos desafios que caracterizam a contemporaneidade e, talvez o maior deles, refira-se justamente à questão ambiental. E por isso, Almeida e Nogueira

(2012, p. 13) apontam para Crise do Estado e do Direito moderno como a crise que tirou do centro da ciência a subjetividade individual, patrimonial, baseada na livre manifestação de vontade, passando-se a ter como enfoque primário a ordem pública, o sujeito de direito e a tutela coletiva, como soma de direitos individuais.

Essas modificações, próprias da cultura jurídica e da filosofia do Direito, manifestavam-se a passos curtos, sendo o novo constitucionalismo-latino americano, nessa senda, mola propulsora do reconhecimento do direito à natureza como baluarte de todo o arcabouço de direitos fundamentais⁴⁷.

Uma das grandes inovações, na tutela da *pacha mama* e do *sumak kawsay*, consiste na vedação contida na Constituição equatoriana (artigo 74) de que sejam, ainda que transitoriamente, adquiridos por particulares a prestação de serviços ambientais, sua produção, uso ou aproveitamento.

Da mesma forma, a Constituição da Bolívia (artigo 341) estabelece o direito que tem o povo em participar, por meio de consultas prévias, da gestão ambiental, possuindo ainda direito fundamental à informação sobre todas as decisões potencialmente lesivas ao meio.

Pode-se observar, com base em todo o exposto, que as modificações nas Cartas constitucionais da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador permitem falar em consagração de direitos fundamentais, tanto no plano teórico-normativo com o reconhecimento do direito à natureza e a tutela das cosmovisões indígenas, como no plano fenomenológico, com a preocupação em torno dos direitos sociais e consequente surgimento de órgãos de controle e fiscalização das políticas públicas.

Resta, por fim, questionar se cabe falar em traços do novo constitucionalismo latino-americano em *terrae brasiliis*.

3.3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO?

A pesquisa até aqui possibilitou a resposta a dois questionamentos: i) quanto à existência de um novo modelo constitucional na América Latina; e ii) quanto à possibilidade das inovações contidas nesse novo constitucionalismo latino-

⁴⁷ *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos* (artigo 71 da Constituição do Equador).

americano significar a consagração dos direitos fundamentais, tanto no plano jurídico-formal como no aspecto fenomenológico.

Resta agora, inquirir se cabe falar em novo constitucionalismo latino-americano no Estado brasileiro, sendo certo que essa premissa, até agora foi negada, na medida em que aponta-se a refundação estatal com a promulgação da Constituição Federal de 1988 como marco do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, é clássica a lição de Barroso (2006, p.17-8), para quem:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. [...] No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

O que se pretende aqui, insta ressaltar, não é refutar a tese do surgimento do neoconstitucionalismo no Brasil com a Constituição Federal de 1988, fato que, como visto anteriormente, recebe respaldo na doutrina majoritária, mas, noutro giro, verificar se existe, nesse neoconstitucionalismo à brasileira, pontos comuns com o que é proposto pelo novo constitucionalismo latino-americano, principalmente no que diz respeito ao tratamento jurídico conferido às cosmovisões étnico-culturais.

Desta feita, primeiramente atenta-se à (in)aplicabilidade da legislação ambiental em terras indígenas, que, da mesma maneira que ocorre nos países componentes do novo constitucionalismo latino-americano, é questão a ser respondida “considerando-se os aspectos referentes aos antagonismos socioculturais resultantes das diferenças étnicas entre a sociedade dita branca de descendência europeia em face à concepção da sociedade dita indígena” (COSTA; FURTADO, 2013, p. 667).

E é, com fulcro na lição esposada por Costa e Furtado (2013, p. 667) que se percebe que toda a legislação ambiental brasileira foi construída sob uma perspectiva patrimonial, fundada em preceitos eurocêtricos de proteção à propriedade, inclusive no que diz respeito aos mecanismos de proteção aos recursos ambientais.

No mesmo diapasão, considera-se que o arcabouço jurídico brasileiro, de inspiração positivista eurocêntrica, apresenta obscuridades a respeito da aplicabilidade e eficácia da norma jurídica no que concerne à legislação ambiental em terras indígenas, tendo em vista a necessidade de proteção dos interesses difusos e coletivos diferentes entre si, e de forma especial, diferentes em relação aos direitos difusos da “sociedade branca” (COSTA; FURTADO, 2013, p. 668).

No Brasil, ainda adota-se o conceito antropocêntrico de meio-ambiente, sendo que neste “o que importa é o bem-estar dos seres humanos e, para tal, o homem se apropria dos bens ambientais para o seu interesse exclusivo, sem a preocupação com os demais seres vivos, que são instrumentais” (OLIVEIRA, 2012, p. 21).

Noutro giro, de forma a construir um contraponto espistêmico, o novo constitucionalismo latino-americano funda suas bases numa proteção mais ampla, denominada de “biocentrismo”.⁴⁸

Com efeito, a Constituição Federal determina que se assegure a formação básica comum e os valores culturais, assegurando “às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem” (artigo 210,§2º, Constituição Federal).

Também o artigo 215,§1º resguarda os direitos culturais, protegendo as manifestações culturais indígenas e afro-brasileiras.

O centro da tutela jurídica dos direitos indígenas, contudo, encontra-se no Capítulo VIII, “Dos Índios”, do Título VIII “Da Ordem Social”, distribuído nos artigos 231 e 232 da Carta Constitucional, o que torna a Constituição Federal de 1988 a primeira Carta na história brasileira a dedicar capítulo exclusivo para tutelar o direito indígena, oficializando, por conseguinte, o reconhecimento jurídico-político do índio e de sua organização social. Com efeito, em 1988 concedeu-se ao índio, “o direito de ser índio” (SOUZA FILHO, 1998, p. 107).

Fazendo contraponto com as Constituições dos Estados componentes do constitucionalismo latino-americano, tem-se que a tutela constitucional dos direitos do índio em *terrae brasillis* é deveras restrita. De forma diversa, na Constituição boliviana, encontra-se 80 artigos que fazem referência direta aos povos indígenas;

⁴⁸ Na verdade, a *Pacha mama* é o deslocamento do antropocentrismo moderno para o Biocentrismo – onde a vida (humana ou não) tem valor em si mesmo – e, conseqüentemente, o meio ambiente não tem apenas valor de mercado. Não há hierarquia entre as diferentes formas de vida, mas todos são naturalmente iguais (BRANDÃO, 2013, p. 123).

na Carta do Equador e da Colômbia são 19 referências às cosmovisões indígenas em cada; 20 são os dispositivos na Constituição da Venezuela.

Não se espera que o ordenamento jurídico reconheça saberes próprios das culturas dos países da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, mas há desse fazer o comentário de que a tutela ambiental monocultural está em dissonância com as expressões constitucionalmente reconhecidas de saberes dos povos indígenas que aqui residem.

Faz-se referência, ainda que de forma simplória, à organização socioambiental do indígena Guarani do Araçá'i. Para essa tribo indígena, a ligação com a natureza é de caráter não apenas física, mas espiritual e mitológica, de forma que a "*Tekoha*" – corresponde a terra – "tem nas suas características físicas, geográficas e ecológicas próprias, as variáveis ambientais que proporcionam ao índio Guarani Mibi'à sua identidade étnica" (COSTA; FURTADO, 2013, p. 6850).

Dessa forma, as alterações ambientais que impactam negativamente os sistemas socioculturais acabam por gerar um dano ambiental extra – dano ao meio ambiente originário - em relação ao qual legislação pátria não prevê reparação civil.

Wolkmer (2011, p. 151) ensina que, conquanto a Constituição Federal de 1988 manteve o perfil republicado liberal, analítico e monocultural, representou grande avanço, uma vez comparada com as outras cartas constitucionais que ajudaram a escrever a história brasileira.

Segundo o autor (WOLKMER, 2011, p. 151), tal se justifica na medida em que houve uma considerável ampliação dos direitos e garantias fundamentais – característica atribuída classicamente ao neoconstitucionalismo – e, de igual forma, pela inauguração constitucional de amplas perspectivas pluralistas nos mais diversos campos, tais como o religioso, filosófico, político e cultural – traço marcante do novo constitucionalismo latino-americano.

É nesse cenário que a Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso I consagra o pluralismo como fundamento da República, que nos dizeres de Wolkmer (2011, p. 151), deve ser pautado na convivência e interdependência dos diversos grupos sociais, "não obstante suas diferenças e suas diversidades quanto a crenças, valores e práticas".

Daí porque se filia ao posicionamento esposado por Wolker (2011, p. 152) para quem, ainda que de forma limitada e pouco satisfatória, a Constituição Federal

representou avanço no que tange à superação da ótica publicista, liberal-individual rumo a um novo constitucionalismo, de natureza pluralista e multicultural.

Nesse espeque, a busca pela refundação de Estados pluriculturais foi marcada por ciclos sociais descentralizadores que, conforme se pode concluir, teve início com as Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991). Dizer que foi em *terrae brasillis* e na Colômbia que se deu o pontapé inicial – ou primeiro ciclo⁴⁹ - para o novo constitucionalismo latino-americano, implica no fato desses países representarem as primeiras e mais tímidas mudanças no sentido do reconhecimento das cosmovisões pluriculturais (WOLKMER, 2011, p. 153).

De forma linear, a promulgação da nova Carta constitucional da Venezuela em 1997 representou o segundo ciclo⁵⁰ desse novo constitucionalismo, caracterizado pelo caráter pluralista e pela participação popular, além da institucionalização, ainda que embrionária, de um pluralismo jurisdicional.

O terceiro ciclo⁵¹ do novo constitucionalismo latino-americano, conforme lição de Wolkmer (2011, p. 153) “passa a ser representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)”, que, acredita o autor, expressam um constitucionalismo plurinacional comunitário, no qual é identificado um outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, tornando possível a coexistência de experiências de sociedades interculturais, inclusive com a adoção de práticas de pluralismo igualitário jurisdicional consolidadas.

Mendes e Vale (2009, p. 2), ao proporem um diálogo com a teoria desenvolvida por Peter Häberle defendem a tese de construção de um direito constitucional comunitário latino-americano, por meio da “identificação dos

⁴⁹ Baldi (2012, p. 85) afirma que o primeiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano é caracterizado por introduzir o conceito de diversidade cultural, reconhecendo as configurações multiculturais da sociedade e alguns direitos específicos para indígenas. Nesse sentido, Brasil (1988) e Colômbia (1991) reconhecem a “conformação multicultural da nação ou Estado, o direito à identidade cultural e novos direitos indígenas” com a incorporação ao texto constitucional de dois artigos tratando do assunto.

⁵⁰ O segundo ciclo do novo constitucionalismo latino-americano, segundo Baldi (2012, p. 87), “marca a adoção da Convenção 169-OIT, que revisa a anterior Convenção 167 (assimilacionista) e reconhece um amplo leque de direitos indígenas (língua, educação bilíngue, terras, consulta, formas de participação, jurisdição indígena, etc)”, com o reconhecimento, em alguns países, da jurisdição indígena. Aqui, tem-se a Venezuela a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1997.

⁵¹ “No contexto da discussão final da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) e, pois, da refundação do Estado, do reconhecimento de indígenas como nações originárias e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar nos novos pactos de Estado”. (BALDI, 2012, p. 85). Nesse jaez, se enquadram Equador (2008) e Bolívia (2009).

elementos culturais das Constituições do continente, o que contribui para o processo de integração constitucional e, dessa forma, para o fortalecimento da região como comunidade política e cultural.”

Apontam, ainda, (MENDES; VALE, 2009, p. 4) para a importância da obra “Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”, no meio acadêmico, jurisprudencial e legislante brasileiro.

Nesse sentido, a doutrina do pensamento constitucional do possível de Häberle vem sendo incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁵² o que revela uma tendência de intercâmbio de conhecimentos entre os órgãos de jurisdição constitucional, principalmente os pertencentes ao ambiente latino-americano.

Nesse sentido, a difusão do pensamento de Häberle nos países da América Latina possui o condão de “constituir a causa, e ao mesmo tempo ser a consequência, desse importante processo de formação de um direito constitucional comum latino-americano” (MENDES; VALE, 2009, p. 33), dando vida ao comando contido no parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal, que dispõe que a República Federativa buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Nesse diapasão, pode-se perceber com clareza que o Estado arquitetado pela promulgação da Constituição Federal de 1988 reconhece os ideais propostos pelo novo constitucionalismo latino-americano. Inclusive, como visto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem cada vez mais sinalizando para a construção de um Estado Comunitário latino-americano, fundado no pluriculturalismo e na plurinacionalidade.

⁵²STF, Pleno, ADI-EI nº 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 3.4.2003, STF, Pleno, RE nº 135.328-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 29.6.1994. 23 STF, Pleno, RE nº 147.776-8/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19.5.1998, MS nº 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.10.1989, DJ 15.4.199; Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319- 4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005; HC nº 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC nº 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE nº 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002; STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. 43 STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008. dentre outros.

Sob o prisma da manifestação dos tribunais, inovou de sobremaneira a decisão do Tribunal de Justiça de Roraima ao compor o primeiro conselho de sentença formado exclusivamente por indígenas, que teve cabo no dia 23 de abril, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol. (TJRR, 2015).

Tal ocorreu tendo em vista que os réus do processo são dois indígenas, da etnia Macuxi, processados pelo homicídio de outro índio, em 2013. O processo, que tramita em segredo de justiça, é de competência da Comarca de Pacaraima, ao norte de Boa Vista. Insta salientar que, conquanto trate-se de inovação jurisprudencial, o processo de persecução penal e julgamento não ocorreu ao arrepio da lei, tendo sido observados os dispositivos constitucionais e os do Código de Processo Penal próprios, tendo a formação do conselho de sentença representado o reconhecimento e a materialização do respeito às cosmovisões indígenas.

Dessa forma, se reconhece traços do novo constitucionalismo latino-americano em *terrae brasiliis*, não obstante ainda que de forma embrionária e, por fim, sob o crivo da técnica dialética hegeliana, que permite a construção do saber por meio da transcendência de contradições,⁵³ considera-se sim ser cabível falar em novo-constitucionalismo latino-americano, ainda que em estágio inicial, no Brasil.

De fato, essa conclusão reforça a premissa adotada no tópico anterior, quando se refutou a tese do novo constitucionalismo latino-americano como ruptura ou superação do neoconstitucionalismo.

Vale dizer, ao assentir que o novo constitucionalismo latino-americano vem como condição de perpetuação e legitimação do neoconstitucionalismo, torna-se viável a afirmação de que o Brasil, ainda que não refute os ganhos epistêmicos do neoconstitucionalismo, adota princípios dessa epistemologia do Sul que se avista.

⁵³ Na dialética proposta por Hegel, as contradições transcendem-se, dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. Empregado em pesquisa qualitativa, é um método de interpretação dinâmica e totalizante da realidade, pois considera que os fatos não podem ser relevados fora de um contexto social, político, econômico etc. (FREITAS; PRODANOV, 2013, p. 34).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, movida pela relevância temática, veio com o mister de responder a dois questionamentos: i) qual o tratamento regalado, sob o prisma do novo constitucionalismo latino-americano, à questão dos direitos fundamentais?; e ii) face à tutela jurídica concedida aos direitos fundamentais, mais especificamente os sociais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cabe falar em novo constitucionalismo latino americano no Estado brasileiro?

Para tanto, a presente análise desenvolveu-se da seguinte forma: no Capítulo 1 estudou-se a evolução das teorias constitucionais, indagando perspectivas conceituais e dimensionais da própria formação do Estado e do Direito. Desta feita, ultrapassou-se o constitucionalismo liberal, o constitucionalismo clássico, até o advento do neoconstitucional, tese da monografia.

No segundo capítulo, cuidou-se em analisar os desafios encontrados pelo neoconstitucionalismo tendo como *lócus* a pós-modernidade e seus desafios hodiernos e, desta feita, vem a lume a proposta de uma análise individualizada de países latinos que recentemente modificaram suas cartas constitucionais, no mister de questionar se estes compartilham de similitudes e convergências suficientes que apontem a um novo constitucionalismo latino-americano - antítese.

Já no que concerne ao terceiro capítulo, neste recaiu a síntese da pesquisa, na medida em que, sob uma perspectiva da hermenêutica constitucional, prestou-se à transposição epistêmica dos conceitos previamente construídos.

Desta feita, no que tange às hipóteses previamente estipuladas, tem-se que:

- I. O novo constitucionalismo latino-americano, ao propor uma releitura de institutos clássicos do Direito, consagrando as cosmovisões indígenas e os aspectos pluriculturais e multiétnicos, nega a visão monocultural estampada

pelo neoconstitucionalismo e, com isso, representa um novo paradigma constitucional, negando as conquistas epistemológicas adquiridas no modelo constitucional pós-1948. Hipótese refutada. Como visto, para ser cabível pensar em uma superação de paradigmas, o suposto “novo paradigma” deve refutar os pontos principais do conhecimento tradicional, o que não ocorre uma vez que o novo constitucionalismo latino-americano não nega as conquistas auferidas pelo neoconstitucionalismo, razão pela qual, ao propor avanços epistemológicos, deve ser considerado como condição de perpetuação e não como simples ruptura.

- II. Não obstante o novo constitucionalismo latino-americano refute a visão monocultural sustentada pelo neoconstitucional na construção dos Estados Modernos e, seja inegável que se trate de proposição de uma nova roupagem à teoria constitucional, não cabe falar em novo paradigma, na medida em que não contraria diretamente o neoconstitucionalismo, apenas procura reformá-lo naquilo em que aquele foi omissos, funcionando, assim, como sua condição de perpetuação. Hipótese confirmada como conseqüência lógica da refutação da hipótese primeira.
- III. A geografia política instituída com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com destaque à tutela jurídica concedida aos direitos sociais, permite falar em um amoldamento de princípios entre o Estado brasileiro e os ditames do movimento do novo constitucionalismo latino-americano, sendo certo que este foi adotado, em determinadas esferas, pelo ordenamento pátrio. Hipótese confirmada: o Estado brasileiro refundado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não obstante, tenha adotado como parâmetro epistêmico o aspecto monocultural, em determinadas esferas, rompe paradigmas ao reconhecer as cosmovisões indígenas – o direito do índio a ser índio. Da mesma forma, a jurisprudência pátria, especialmente sob influência das teorias de Peter Häberle, aponta à construção de um Estado Comunitário pluricultural latino-americano, no qual o pluralismo e a plurinacionalidade atuam justamente como pontes de transição. Desta feita, é correto posicionar o Brasil como país que adota, ainda que de forma embrionária, os ideais do novo constitucionalismo latino-americano, assertiva esta epistemologicamente possível quando se adota o posicionamento de que o novo constitucionalismo latino-americano não vem

como ruptura ou negação ao neoconstitucionalismo, mas sim como condição de perpetuação e de sua legitimidade, reconstruindo os pontos epistêmicos nos quais aquele foi omissos ou insuficiente.

VI - Não cabe falar em reflexos do novo constitucionalismo latino-americano no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista tal fenômeno ser incompatível com o Estado arquitetado pela Constituição Federal de 1988. Hipótese negada, como conseqüência lógica da confirmação da hipótese terceira.

Diante de todo o exposto, tem-se que, fomentando, no plano jurídico, uma série de modificações com o afã de preservar os direitos fundamentais dos diversos grupos sociais, o movimento constitucional latino-americano, no âmbito dos países que o adota, representa verdadeira releitura de institutos constitucionais clássicos e, com isso, configura-se como uma tentativa de consagrar os direitos fundamentais dos diversos grupos sociais, inseridos em um Estado pluricultural. O novo constitucionalismo latino-americano vem como movimento em busca de uma epistemologia do Sul, fundada no mister de descolonização emancipatória fundado numa filosofia da libertação.

Para tanto, nega-se os dogmas jurídicos, políticos e sociais construídos a partir de uma linha eurocêntrica do conhecimento e reconhece-se a importância das cosmovisões pluriculturais e multiétnicas, propiciando, nesse mister, uma releitura dos direitos fundamentais, tudo por meio da construção epistemológica de uma ecologia de saberes, o que, ainda que de forma tímida, recebe respaldo em *terrae brasiliis*.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. O pluralismo jurídico e a cidadania *plural*. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza - CE, 2010. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3193.pdf>: Acesso em: 30 mar. 2015.

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Unoesc, 2013, p. 67-76.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Edición y presentación: José Antonio Seoane. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Roger Luiz Paz de; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. Por um constitucionalismo socioambiental: o princípio do “buen vivir” e o novo constitucionalismo democrático latino americano. In: *Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF UFF/Niterói* – RJ, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4dc3ed26a29c9c3d>. Acesso em: 02 abr. 2015.

ALVES, Jaime Leônidas Miranda; NIKITENKO, Viviani Gianine. SANTOS, Mayara Fernanda Perim. O Direito frente à sociedade globalizada. In: *Diritto: Diretório* Francesco Brugaletta. ISSN 1127-8579. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/34735-o-direito-frente-sociedade-globalizada>. Acesso em: 04 fev. 2015.

_____. ; FRANÇA FILHO, Osmar Moraes; PINTAR, Bruno Trajano. O ativismo judicial como meio de garantir a eficácia dos direitos sociais. In: *Unoesc International Legal Seminar - Spring Brasil Alemanha* v. 2, n. 1, Unoesc 2013.

ALVES, Marina Vítório. Neoconstitucionalismo e Novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. *In: Ver. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, ago. 2012.

ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo. Nova Cultural: 1992.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *In: RTDC*, vol. 28, ou/dez 2006.

ATRIA, Fernando. “Existem direitos sociais?” *In: Cláudio Ari Mello (Coord.). Os Desafios dos Direitos Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 09-46.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; WOLF; Arno. Dignidade humana e o multiculturalismo. *In: Unoesc International Legal Seminar*, Chapecó, v. 2, n. 1, 2013. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/viewFile/4028/2136>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BALDI, César Augusto. Indígenas no Brasil: a diversidade cultural e as “cláusulas de freio”. *IN: BRITTO, Antonio Guimarães, BECKER, Simone; OLIVEIRA, Jorge Eremites. Estudos de antropologia jurídica na América Latina indígena*. Curitiba: CRV, 2012.

_____. Novo constitucionalismo latino-americano. *In: Estado de Direito*, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em: <http://www.estadoedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BARROS, Carlos Alberto Galvão. *A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BASTOS, Aurélio Wander. *A Constituição burguesa: o que é Terceiro Estado?* Trad. Norma Azevedo, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. *In: Revista Seqüência*, n.57, p. 131-152, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1997.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*.: Novos, 1993.

BOLÍVIA. *Constitución De Bolivia*. Aprobada en grande sobre la base de informes de mayorías magna asamblea constituyente 24 noviembre 2007. Disponível em: <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. *Decisão 1422/2012 do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia*. Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortaInternacionalDestaques/anexo/Resolucion_1422_2012__Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf Acesso em: 24 mar. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano: participação popular e cosmovisões indígenas (pacha mama e sumak kawsay)*. Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo. Recife, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10796/Disserta%C3%A7ao%20pedro%20augusto.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 24 mar. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº 282.644-8/RJ*, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF de nº. 45 MC/DF*, Relator. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ 04/05/2004. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 77.053-1/SP*, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 79.870-5/SP*, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 81.319- 4/GO*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005; Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 20.927/DF*, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.10.1989, DJ 15.4.199. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI-EI n° 1.289-4/DF*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 3.4.2003. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE n° 135.328-7/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 29.6.1994. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *RE n° 147.776-8/SP*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19.5.1998. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *RE n° 349.703*, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. 43. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *RE n° 466.343*, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em: 03 abr. 2015.

BURCKHART, Thiago Rafael. O 'novo' constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. In: *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 04 mar. 2015.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980- 7791. Acesso em: 23 mar. 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

CANARIS, Claus-Wikhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COLÔMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponível em: <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>. Acesso em: 19 mar. 2015.

_____. Corte Constitucional. *Setencia C-1017/03*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1017-03.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia C-1433/00*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1433-00.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia C-776/03*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-776-03.htm>

_____. Corte Constitucional. *Sentencia T-465/12*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-465-12.htm> Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia T-921/13*. Acesso em 30 mar. 2015
Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>
Acesso em: 26 mar. 2015

COMTE. Augusto. *Curso de filosofia positiva*. Tradução: José Arthur Giannotti São Paulo: Abril Cultural, 2003.

COSTA, Celso Paulo; FURTADO, Nazareno Helano Rocha. A (in)aplicabilidade da legislação ambiental em terras indígenas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Unoesc, 2013, p. 667-700.

CRORIE, Benedita Mac. *Os direitos sociais em crise?* In: CALVÃO, Filipa; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Pedro; MELO, Helena. (orgs.) *A crise e o Direito Público: VI encontro de professores portugueses de DIREITO PÚBLICO*. Instituto de Ciências Jurídico- Políticas: Lisboa, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade. In: *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Anais, Manaus, 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf. Acesso em 19 mar. 2015.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do direito natural ao direito fraterno. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. p.78-86 janeiro-junho 2009.

DABIN, Jean. *Doctrine générale de l'État*. Paris: Sirey, 1939.

DALMAU, Pastor Rúbem Martínez. El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador. *In: Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oc. 2008, p. 17-27. Disponível em: <http://sites.google.com/site/martinezdalmu2/AlterJustitia1.doc>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____.; VICIANO, Roberto. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *In: Debates constitucionales en nuestra america*, El nuevo derecho, nº. 48, 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/9744793/_La_Constituci%C3%B3n_democr%C3%A1tica_entre_el_neoconstitucionalismo_y_el_nuevo_constitucionalismo_en_El_Otro_Derecho_no_48_2013_p%C3%A1gs._63-84._Con_Roberto_Viciano_Pastor Acesso em: 23 mar. 2015.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECHEVERRIA, Hugo et al. *Manual de Aplicación Del Derecho Penal Ambiental como Instrumento de Protección de Las Áreas Naturales em Galápagos*. Sea Shepherd, World Wildlife Found y Galápagos Academic Institute for the Arts and Sciences de la Universidad San Francisco de Quito. Quito-Ecuador. 2011.

EQUADOR. *Caso nº. 0072-14-CN*. Corte Constitucional del Ecuador. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0072-14-CN.pdf> Acesso em: 24 mar. 2015.

_____.Constitución de Equador. Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 19 mar. 2015.

FÉRNANDEZ, Paúl Llasag. Constitucionalismo plurinacional e intercultural de transição: Equador e Bolívia *In: Meritum*, Belo Horizonte, b. 9, n. 1, p. 265-294, jan./jun., 2014.

FERNÁNDEZ-GALIANO, A. El iusnaturalismo. *In: CASTRO, Cid B. de. Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. 3. ed. Madrid: Universitas, 1999.

FERRAJONI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *In: Isonomia*, n. 16, 2002.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: Os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina. *In: Revista de Direito Brasileira – RDB – Brazilian Journal of Law*. Vol. 4, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/19>. Acesso em: 04 mar. 2015.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho científico*. 2. ed. Novo Hamburgo – RS: Universidade Feevale, 2013.

GARCÍA DE ENTERRA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

GADAMER, Hans-Georg. *Ciência histórica e linguagem*. (Hermenêutica em Retrospectiva: A posição da filosofia na sociedade. Volume IV. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes. In: *Coloquio Derecho, Moral y Política*, Universidade de Palermo, 2009. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_latinoamericano.pdf. Acesso em 25 mar. 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 35, n. 137, p. 13-21, 1998.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUILHERME, Thiago Azevedo; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Retórica e Princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber jurídico e Função Política do Direito*. Birigui - SP: Boreal, 2011, p. 46-63.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado nacional*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. *Verdade e justificação*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. *De cive*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KEYNES, John Maynard. *Activities 1929-31: rethinking employment and unemployment policies*. London, Macmillan (The Collected Writings of John Maynard Keynes, edited by D Moggridge, v20), 1981.

KLING, Luiz Felipe Dias Rangel. Constitucionalismo bolivariano. In: *V Congresso Latinoamericano de Ciência Política, organizado pela la Associação Latinoamericana de Ciência Política (ALACIP)*. Buenos Aires, 28 a 30 de julho de 2010, lbmec.

Disponível em:

<http://www.academia.edu/1590597/Constitucionalismo_Bolivariano> acesso em: 19 mar. 2015.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. A dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional. In: *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber jurídico e Função Política do Direito*. Birigui - SP: Boreal, 2011, p. 25-44.

LITHOLDO, Viviane P. Scucuglia. Uma questão de princípios. In: *A nova interpretação do direito: construção do saber jurídico*, 1. Ed, Birigui, SP: Boreal, 2012.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico, pós-colonialismo e resignificação hermenêutica. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza - CE*, 2010. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3228.pdf> Acesso em: 30 mar. 2015.

LIZANA, Eduardo Aldunate. Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. In: *Revista de Derecho*, Vol. XXII – n. 1, Julio 2010, p. 79-102. Disponível em: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000100004&script=sci_arttext Acesso em: 23 mar. 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de Direito". In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Coord. José de Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Culturalismo e universalismo diante do Estado Plurinacional. In: *Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO – Osasco*: 2010, nº2.

_____. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O Guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília sob a orientação do professor doutor PAIXÃO, Cristiano. Brasília, aprovada em outubro de 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2008.

MARTÍNEZ, Ruben; VICIANO, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de Transición. El Nuevo constitucionalismo en America Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 9-38.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O Pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*. ISSN 1982-4564. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996.

MONTAYO, Hector-León. Las nuevas constituciones en América Latina .Algunas reflexiones de contexto. *In: Debates Constitucionales En Nuestra América*. Disponível em: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/5.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso: 30 mar. 2015.

MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. *In: GRAU; Eros Grau; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). Direito Constitucional: Estudo em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros. Ltda: São Paulo, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

NANNI, Antonio. *L'educazione interculturale oggi in Italia*. Brescia: EMI, 1998.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Juruá, Curitiba: 2012.

OLIVEIRA, Alessandra Roberto de. *Processo de Construção de Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial de Terras Indígenas: possibilidades e limites e desafios no diálogo entre Estado e povos indígenas no Brasil*. Brasil, DF: Funai, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OPPENHEIMER, Franz. *The State*. New York: Vanguard Press, 1926.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1958.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11, n. 45, outubro-dezembro, São Paulo: RT, 2013.

_____. *Direitos Humanos: O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*, 2004.

PISARELLO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999*. In: Sin Permiso, Barcelona, 1999.

PLATÃO. *A República*. In: *Os Pensadores – Vida e Obra*. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2. ed., 6 volumes, São Paulo, RT, 1970.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. LANDER, *Edgardo (org)*. CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp.227-278.

RADAELLI, Samuel Mânica. Os direitos humanos no novo constitucionalismo latino-americano. In: *Anais dos encontros ANDHEP. GT03 - Constituição, Democracia e Direitos Humanos*, ISSN: 2317-0255, 2012. Disponível em: <http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/VIIencontro/gt03-01.pdf> acesso em: 01 abr. 2015.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. Saraiva: São Paulo, 2008.

ROLDÁN, Andrés Gómez. El movimiento de la séptima papeleta frente al referendo: Posición jurídica ante la Corte Constitucional de una generación de colombianos y colombianas que ayudaron a construir la Constitución Política de 1991. *Pap. Polít. Bogotá (Colombia)*, Vol. 16, No. 2, 365-380, julio-diciembre 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v16n2/v16n2a02.pdf> acesso em: 26 mar. 2015.

RORAIMA. TJRR inicia credenciamento para cobertura do Primeiro Júri Popular Indígena. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/1388-tjrr-inicia-credenciamento-para-cobertura-do-primeiro-juri-popular-indigena> acesso em: 13 abr. 2015.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?*. Curitiba: Juruá, 2012. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/humanas/article/viewFile/575/574>. Acesso em: 02 mar. 2015.

ROTHBARD, Murray. *A anatomia do estado*. tradução de Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *De las dualidades a las ecologías*. La Paz: Red Boliviana de mujeres transformando la Economía. 2012.

_____. *Refundación del Estado en Latino America: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais à uma ecologia de saberes. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Almedina: Coimbra, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed, Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2006.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru, SP, EDUSC, 1999.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza.1998.

SILVA, Heleno Florindo da. O novo constitucionalismo latino americano e Carl Schmitt: Um “Diálogo” Entre o Constitucionalismo. In: *Derecho y Cambio Social*. ISSN: 2224-4131, 2013. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/novo_constitucionalismo_CARL_SCHMITT.pdf. Acesso em: 31 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” da América Latina. *In: WOLKER, Antonio Carlos (Org). Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SIMÕES, Alexandre Gazzeta. O protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais a partir da nova interpretação das normas constitucionais programáticas. *In: A nova interpretação do direito: construção do saber jurídico*. Birigui - SP: Boreal, 2012.

SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. Jusnaturalismo clássico e jusnaturalismo racionalista: aspectos destacados para acadêmicos do curso de direito. *In: Publ. UEPG Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes*, Ponta Grossa, 15 (1) 43-52, jun. 2007. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/humanas/article/viewFile/575/574>. Acesso em: 20 mar. 2015.

STRAUSS, Leo. *Droit naturel et histoire*. Paris: Plon, 1986.

STRECK, Lenio Luis. Contra o Neoconstitucionalismo. *In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011b, nº. 4, Jan-Jun, p. 9-27.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *In: Hendu*, vol. 1: julho, 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>. Acesso em: 01 mar. 2015.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional* *In: OSAL* (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, Nº 22, septiembre, 2007.

TELLES, Vera. Questão social: afinal de que se trata? *In: São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, SEADE, v. 10, n. 4, p. 85-96, 1999.

TORTOSA, José María. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen vivir*. 2009.

Disponível em:

<http://www.fundacioncarolina.es/esES/nombrespropios/Documents/NPTortosa0908.pdf>. Acesso em 18 mai 2012.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Trad. Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

UCHOA, Pablo. *Venezuela: a encruzilhada de Hugo Chávez*. Globo, São Paulo, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. Estudo jurídicos em homenagem ao prof. Caio Mário da Silva Pereira. *In: O movimento de descodificação do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*: Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860. Disponível em: http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ConstitucionRBV1999-ES.pdf. Acesso em: 20 mar. 2015.

VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Ruben. Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional. *In: Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*. [online] v.14 n.2. Caracas, 2008, p. 102-132. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/pdf/rvecs/v14n2/art07.pdf> Acesso em: 06/04/13.

VON MISES, Ludwig. *Liberalismo: Segundo a tradição clássica*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do Direito*. 3. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

_____. Pluralismo e Crítica no Constitucionalismo na América Latina. *In: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, Curitiba, PR: ABDConst., 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf> Acesso em: 26 mar. 2015.

YEPES, Rodrigo Uprimny. *Judicialization of politics in Colombia*, International Journal on Human Rights, p. 6-49, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a parte de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.